

# **Statutêre regulering van Surrogaatmoederskap: 'n Kritiese ontleding van relevante oorwegings**

**Ronèl Els**



**Tesis ingelewer ter voldoening aan die vereistes vir  
die graad van Magister in die Regsleerdheid aan  
die Universiteit van Stellenbosch**

**Studieleier: Prof CS Human  
Desember 2000**

## **VERKLARING**

Ek, die ondergetekende, verklaar hiermee dat die werk in hierdie tesis vervat, my eie oorspronklike werk is en dat ek dit nie vantevore in die geheel of gedeeltelik by enige universiteit ter verkryging van 'n graad voorgelê het nie.



## OPSOMMING

Hierdie tesis ondersoek die moontlikheid om surrogaatmoederskap te reguleer as gevolg van die feit dat dit nou vir 'n vrou moontlik is om 'n kind, wat nie geneties aan haar verwant is nie, vir 'n ander te baar. Die reg maak nie spesifiek vir die regulering van surrogaatmoederskap voorsiening nie. Die kernprobleem in hierdie verband is dat die bestaande reg wel van toepassing daarop is, vanweë onder andere die feit dat surrogaatmoederskap teweeggebring word deur middel van kunsmatige bevrugting. Wetgewing wat kunsmatige bevrugting reguleer is gevolglik van toepassing, hoewel dit nie geskryf was met die oog op surrogaatmoederskap in die besonder nie. Die doel van die studie is gevolglik om te ondersoek hoe surrogaatmoederskap gereguleer kan word gegewe die bestaande regsposisie en relevante morele oorwegings.

Die tesis kan in drie afdelings verdeel word. Die eerste bestaan uit 'n analise van die morele aspekte wat by surrogaatmoederskap ter sprake is. Dit is nodig om hierdie aangeleenthede te analiseer ten einde 'n voorgestelde wet moreel regverdigbaar te maak. Kommersiële surrogaatmoederskap, die genetiese band tussen ouer en kind, die verskille tussen surrogasie en aanneming, die vraag na die identiteit van die ouer en surrogaatmoederskap vir gerief word geanaliseer. Ten spyte van al die morele argumente wat gemaak kan word voordat 'n kind gebore is, is hierdie argumente van weinig belang waar die kind reeds gebore is. In so 'n geval is dit slegs die beste belang van die kind wat oorweeg moet word.

Die bestaande regsposisie word in die tweede deel van die tesis ontleed. Dit sluit 'n ontleding van die relevante wetgewing, die oorweging van die impak van die Grondwet, 'n analise van die Suid-Afrikaanse Regskommissie se Voorgestelde Wetsontwerp op Surrogaatmoederskap en 'n evaluering van die inheemse reg in. Die gevolgtrekking wat gemaak word is dat die bestaande wetgewing nie uitdruklik vir surrogaatmoederskap voorsiening maak nie, maar wel daarop van toepassing kan wees. Dit veroorsaak verskeie probleme vir die betrokke partye. Die Grondwet het 'n drastiese impak op die regulering van surrogaatmoederskap en sal in ag geneem moet word indien 'n surrogaatmoederskapswet voorgestel word. Die Regskommissie se voorgestelde wetsontwerp is 'n goed geformuleerde dokument, maar moet aangepas word ten einde grondwetlik regverdigbaar te wees. Daar is verskeie gebruike in die inheemse reg wat analoog aan surrogaatmoederskap is. Die reg op kultuur, wat grondwetlik verskans

is, het tot gevolg dat partye, op wie die inheemse reg van toepassing is, die reg het om hierdie gebruike na te volg. Indien die praktyke egter strydig met die Grondwet is, kan dit ongeldig verklaar word.

Derdens word 'n wet voorgestel om surrogaatmoederskap te reguleer. Die gevolgtrekking waartoe gekom word, is dat surrogaatmoederskap moreel en grondwetlik regverdigbaar kan wees indien dit behoorlik gereguleer word.



## SUMMARY

The aim of this study is to investigate the possibility of regulating surrogacy in the light of the existing legal position and the relevant moral aspects. It is now medically possible for one woman to bear a child, which is not genetically related to her, on behalf of another person. Currently the law makes no specific provision for the regulation of surrogate motherhood. The key problem in this regard is that the existing law is applicable to surrogate motherhood, *inter alia* because surrogacy is brought about by artificial insemination and because the intended parents can only acquire parental authority by way of adoption. The final recommendation is a Surrogacy Act for South Africa.

The thesis is divided into three parts. The first part is an analysis of the relevant moral and social aspects relating to surrogacy in order to justify the above-mentioned act morally. Commercial surrogacy, the genetic tie between parent and child, the differences between surrogacy and adoption, the question as to who is a parent and surrogacy for convenience are analysed. Despite all the arguments that can be made in favour of or against these moral issues in a vacuum, these arguments will be irrelevant in cases where the child is already born. In such a case the only relevant concern will be what is in the child's best interest.

In the second part of the thesis the existing legal position is analysed. This includes an examination of the applicable legislation, the impact of the Constitution, the South African Law Commission's proposed bill on surrogate motherhood and the customary law. Although the relevant legislation does not specifically provide for surrogacy, it remains applicable. This is extremely problematic for the parties involved.

The Bill of Rights is applicable to all law and binds the Legislature. Therefore the main principles of the Constitution will have to be embodied in the proposed regulatory Act. Although the Law Commission's proposed bill is a well formulated document, one shortcoming that has been identified is that it is not constitutionally justifiable.

The customary law has several practices which are analogous to surrogacy. The right to culture, which is entrenched in the Constitution, has the effect that these practices cannot be

outlawed. However, should it not be consistent with the Constitution, it can be held to be invalid.

The conclusion which is reached is that surrogacy can be morally and constitutionally justifiable if it is regulated properly. It is therefore proposed that an Act be formulated to regulate these relevant issues. Such a proposed Act is included in part three of the thesis.

***EK BEDANK GRAAG DIE VOLGENDE PERSONE EN INSTANSIES:***

- Prof CS Human wat as studieleier opgetree het.
- Prof FA De Villiers wat as eksterne eksaminator opgetree het.
- Carin Visser wat as interne eksaminator opgetree het.
- Prof GF Lubbe vir sy hulp met die skryf van die hoofstuk oor die surrogaatmoederskapskontrak.
- Prof TF Kruger, Hoof van die Infertiliteitskliniek by Tygerberg Hospitaal, vir die inligting rondom die mediese aspekte van surrogaatmoederskap en vir verskaffing van die standaardkontrak.
- Stellenbosch 2000 vir finansiële bystand.
- Die Harry Crossley stigting vir finansiële bystand.
- Jeanette Groenewald vir haar geduld, bystand en raad met die skryf van die tesisraamwerk.
- Prof Juanita Pienaar vir haar aanmoediging, ondersteuning en vir die inspirasie wat sy is.
- Anneline Robb vir haar noukeurige tikwerk.
- Vriende en familie vir hul liefde, raad en ondersteuning.

*Opgedra aan my moeder*



## INHOUDSOPGAWE

<b>HOOFSTUK EEN</b>	<b>INLEIDING</b>	1
1	INLEIDING	1
2	RASIONAAL	2
3	METODOLOGIE EN HOOFSTUK VOLGORDE	5
<b>HOOFSTUK TWEE</b>	<b>MORELE EN SOSIALE ASPEKTE VAN SURROGAATMOEDERSKAP</b>	6
1	INLEIDING	6
2	MORELE ARGUMENTE	7
2 1	Kommersiële surrogasie is onaanvaarbaar	7
2 1 1	Inleiding	7
2 1 2	Betaling van die surrogaat	8
2 1 2 1	Inleiding	8
2 1 2 2	Die wet is nie gemik op surrogaatmoederskap nie	8
2 1 2 3	Kommersiële Surrogaatmoederskap verskil van die gevalle wat die wet wou dek	9
(a)	Die omstandighede van die vrou verskil	9
(b)	By surrogasie is daar geen druk op die surrogaat nie	10
(c)	Die kind is geneties verwant aan een van die ouers in die geval van surrogasie	11
(d)	Die beste belang van die kind	11
(e)	Betaling is vir dienste gelewer - nie vir die kind nie	13
(f)	Ouerlike gesag word verkoop - nie die kind nie	15
2 1 2 4	Gevolgtrekking	15
2 1 3	Uitbuiting van die opdraggewende ouers	16
2 1 4	Die kind word verlaag tot handelsware	16
2 1 4 1	Inleiding	16
2 1 4 2	Menswaardigheid en slawerny	16
2 1 4 3	'n Liefdevolle huis	17
2 1 4 4	Oordrag van ouerlike gesag	18
2 1 4 5	Die reeds bestaande regsverhouding	18

2 1 4 6	Eiendomsreg van gamete . . . . .	19
2 1 4 7	Gevolgtrekking . . . . .	20
2 1 5	Die uitbuiting van surrogaatmoeders . . . . .	20
2 1 6	Gevolgtrekking . . . . .	23
2 2	'n Genetiese band . . . . .	25
2 3	Surrogaatmoederskap is meer voordelig as aanneming . . . . .	26
2 3 1	Inleiding . . . . .	26
2 3 2	Aanneming as 'n tydwende proses . . . . .	26
2 3 3	Geskiktheid van die opdraggewende ouers . . . . .	26
2 3 4	'n Kind wat voldoen aan die vereistes van die opdraggewende ouers . . . . .	27
2 3 5	'n Oplossing vir 'n reeds bestaande situasie . . . . .	27
2 3 6	Diening van die gemeenskapsbelang . . . . .	28
2 3 7	Ondermyning van aanneming . . . . .	28
2 4	Die gesinseenheid word nadelig geraak . . . . .	29
2 4 1	Die surrogaat se gesin . . . . .	29
2 4 2	Die opdraggewende ouers en hul kinders . . . . .	30
2 4 3	Bedreig surrogaatmoederskap die "gesin" as sosiale konsep? . .	30
2 4 4	Gevolgtrekking . . . . .	31
2 5	Relevansie van moraliteit in 'n praktiese situasie . . . . .	32
2 6	Gevolgtrekking . . . . .	33
3	SOSIALE ASPEKTE . . . . .	33
3 1	Wie is 'n ouer? . . . . .	34
3 1 1	Inleiding . . . . .	34
3 1 2	'n Definisie van 'n "ouer" en 'n "gesin" in die Een-en- Twintigste Eeu . . . . .	35
3 1 3	Die surrogaatmoeder en haar eggenoot . . . . .	36
3 1 4	Die ongetroude surrogaatmoeder . . . . .	37
3 1 5	Die opdraggewende ouers . . . . .	38
3 1 6	Die gameetskenker(s) . . . . .	39
3 1 7	Die bedoeling van die partye teenoor die beste belang van die kind as bepalende faktor . . . . .	39
3 1 7 1	Watter faktor is verkieslik? . . . . .	41
3 2	Surrogaatmoederskap vir gerief . . . . .	43



3 3	Gevolgtrekking . . . . .	45
<b>HOOFSTUK DRIE DIE BESTAANDE REGSPOSISIE: WETGEWING . . . . .</b>		<b>46</b>
1	INLEIDING . . . . .	46
2	DIE WET OP MENSLIKE WEEFSEL EN DIE REGULASIES DAARKRAGTENS UITGEVAARDIG . . . . .	47
2 1	Inleiding . . . . .	47
2 2	Die toepassing van die wet en regulasies op surrogaatmoederskap . . .	47
2 3	Gevolge wat voortvloei uit die toepassing van die wet en die regulasies . . . . .	49
2 4	Kriminalisering van optrede . . . . .	51
2 5	Tekortkominge van die wet en die regulasies . . . . .	51
2 6	Gevolgtrekking . . . . .	52
3	DIE WET OP KINDERSORG . . . . .	52
3 1	Inleiding . . . . .	52
3 2	Artikel 24 van die wet . . . . .	53
3 3	Artikel 17 van die wet . . . . .	54
3 4	Gevolge van die toepassing van die wet op surrogaatmoederskap . . .	55
4	DIE WET OP STATUS VAN KINDERS . . . . .	55
4 1	Inleiding . . . . .	55
4 2	Artikel 5 van die wet en die uitwerking daarvan op surrogaatmoederskap . . . . .	56
4 3	Tekortkominge van die wet . . . . .	57
4 4	Gevolgtrekking . . . . .	57
5	DIE WET OP DIE REGISTRASIE VAN GEBOORTES EN STERFTES . . .	58
5 1	Inleiding . . . . .	58
5 2	Die huidige regsposisie . . . . .	58
5 3	Aangifte van geboorte . . . . .	59
5 4	Gevolgtrekking . . . . .	60
6	GEVOLGTREKKING . . . . .	60

<b>HOOFSTUK VIER DIE BESTAANDE REGSPOSISIE: DIE PERSONEREG EN DIE KONTRAKTEREG . . . . .</b>		<b>62</b>
--	--	-----------

1	INLEIDING . . . . .	62
---	---------------------	----



2	ASPEKTE VAN DIE PERSONEREG . . . . .	62
2 1	Inleiding . . . . .	62
2 2	<i>Mater semper certa est</i> . . . . .	62
2 3	<i>Pater est quem nuptiae demonstrant</i> . . . . .	64
3	GEVOLGTREKKING . . . . .	66
4	DIE KONTRAKTEREG . . . . .	66
4 1	Inleiding . . . . .	66
4 2	Kontrakstipe . . . . .	67
4 3	Toepassing van die kontraktereg . . . . .	67
4 4	Vereistes vir 'n geldige kontrak . . . . .	67
4 5	Wilsooreenstemming . . . . .	68
4 6	Geoorloofdheid van die kontrak . . . . .	70
4 6 1	Die betekenis van geoorloofdheid . . . . .	70
4 6 2	Die effek van ongeoorloofdheid in die konteks van surrogaatmoederskapsooreenkomste . . . . .	73
4 6 3	Beleidsoorwegings wat die kontrak ongeoorloof kan maak . . . .	73
4 6 3 1	Die verkoop van kinders . . . . .	74
4 6 3 2	'n Bepaling dat die surrogaatmoeder nie 'n aborsie mag hê nie . . . . .	75
4 6 3 3	Bepalings wat die surrogaatmoeder dwing om 'n bepaalde lewenstyl te handhaaf . . . . .	76
4 6 3 4	'n Vrywillige en ingeligte besluit . . . . .	77
4 6 4	Die opweging van belange . . . . .	77
4 6 5	'n Geoorloofde kontrak wat onafdwingbaar is ter keuse van die surrogaatmoeder . . . . .	79
4 6 5 1	'n Afkoel periode . . . . .	80
4 6 5 2	Wanneer verloor die surrogaatmoeder haar keusereg? . . . . .	81
	(a) Bedrog deur die surrogaatmoeder . . . . .	83
	(b) Afpersing van die opdraggewende ouers . . . . .	84
4 6 6	Skeibaarheid van ongeoorloofde terme . . . . .	85
4 6 7	Gevolge van ongeoorloofdheid: <i>ab initio</i> nietig of bloot onafdwingbaar? . . . . .	85
4 7	Remedies in die geval van kontrakbreuk . . . . .	86
4 8	Die inhoud van die surrogaatmoederskapskontrak . . . . .	87

4 8 1	Inleiding . . . . .	87
4 8 2	Basiese bepalings . . . . .	87
4 8 3	Verdere bepalings . . . . .	88
4 8 4	Kritiek op die standaardkontrak wat huidiglik in die praktyk gebruik word . . . . .	88
4 8 4 1	Inleiding . . . . .	88
4 8 4 2	Die partye tot die ooreenkoms . . . . .	89
4 8 4 3	Ongeoorloofde bepalings . . . . .	90
4 8 4 4	Diskriminerende bepalings . . . . .	91
4 8 4 5	Teenstrydige en onduidelike bepalings . . . . .	93
4 8 4 6	Die beste belang van die kind . . . . .	93
4 8 4 7	Algemene opmerkings . . . . .	94
4 8 4 8	Gevolgtrekking . . . . .	94
5	GEVOLGTREKKING . . . . .	95
<b>HOOFSTUK VYF DIE BESTAANDE REGSPOSISIE: DIE GRONDWET . . . .</b>		<b>97</b>
1	INLEIDING . . . . .	97
2	GELYKHEID . . . . .	97
2 1	Huwelikstatus . . . . .	98
2 2	Ouderdom . . . . .	99
3	SURROGAATMOEDERSKAP SKEND MENSWAARDIGHEID . . . . .	100
4	VRYHEID EN SEKERHEID VAN DIE PERSOON . . . . .	103
5	SLAWERNY . . . . .	105
6	PRIVAATHEID . . . . .	105
7	VRYHEID VAN OORTUIGING EN MENING . . . . .	106
8	VRYHEID VAN BEDRYF, BEROEP EN PROFESSIE . . . . .	107
9	GESONDHEIDSORG . . . . .	108
10	KINDERS . . . . .	109
11	AFSTANDDOENING VAN FUNDAMENTELE REGTE . . . . .	112
12	GEVOLGTREKKING . . . . .	113



<b>HOOFSTUK SES</b>	<b>DIE BESTAANDE REGSPOSISIE: DIE SUID- AFRIKAANSE REGSKOMMISSIE SE KONSEP- WETSONTWERP OP SURROGAATMOEDERSKAP . . . .</b>	<b>115</b>
1	INLEIDING . . . . .	115
2	DIE IMPAK VAN DIE GRONDWET . . . . .	116
2 1	Inleiding . . . . .	116
2 2	Die kwalifikasies van die opdraggewende ouers . . . . .	116
2 3	Kwalifikasies van die surrogaatmoeder . . . . .	117
2 4	Genetiese afkoms van die kind . . . . .	118
2 5	Eggenoot van die surrogaat moet skriftelik toestem . . . . .	119
3	TEKORTKOMINGE VAN DIE WETSONTWERP . . . . .	119
3 1	Die ouderdom van die surrogaatmoeder . . . . .	119
3 2	Oorhandiging van die kind . . . . .	120
3 3	Die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap . . . . .	121
4	ALGEMENE KOMMENTAAR . . . . .	121
4 1	Gesamentlike optrede deur die opdraggewende ouers vereis . . . . .	121
4 2	Surrogaatmoederskap vir gerief . . . . .	121
4 3	Evaluasie van die partye . . . . .	122
4 4	Ingeligte toestemming . . . . .	123
4 5	Die eggenoot van die surrogaat as 'n kontraksparty . . . . .	124
4 6	Die beste belang van die kind . . . . .	124
4 7	Beskerming van die surrogaat . . . . .	125
4 8	Veranderde omstandighede . . . . .	126
4 9	Die gevolge van bekragtiging . . . . .	126
4 10	Aborsie . . . . .	127
4 11	Kommersiële surrogaatmoederskap . . . . .	128
4 12	Vergoeding van professionele persone . . . . .	129
5	GEVOLGTREKKING . . . . .	129
<b>HOOFSTUK SEWE</b>	<b>DIE INHEEMSE REG . . . . .</b>	<b>131</b>
1	INLEIDING . . . . .	131
2	VORME VAN SURROGAATMOEDERSKAP IN DIE INHEEMSE REG . .	131
3	DIE INVLOED VAN DIE GRONDWET OP DIE PRAKTYKE VAN DIE INHEEMSE REG . . . . .	134

3 1	Inleiding . . . . .	134
3 2	Die toepassing van die Grondwet op die inheemse reg . . . . .	135
3 3	Die botsing tussen die Grondwet en die inheemse reg: ander menseregte en die reg op kultuur . . . . .	137
3 4	Die effek van die botsing op die statutêre reëling van surrogaatmoederskap . . . . .	138
3 5	Privaatheid, menswaardigheid, vryheid en sekuriteit van die persoon en die verbod op slawerny . . . . .	139
3 6	Die beste belang van die kind ingevolge die inheemse reg . . . . .	140
3 6 1	Agtergrond . . . . .	140
3 6 2	Toepassing van artikel 28(2) van die Grondwet op die inheemse reg . . . . .	141
4	GEVOLGTREKKING . . . . .	142

## **HOOFSTUK 8 'N VOORGESTELDE SURROGAATMOEDERSKAPSWET VIR SUID-AFRIKA . . . . . 143**

1	INLEIDING . . . . .	143
2	WYSES WAAROP DIE STAAT SURROGAATMOEDERSKAP KAN BENADER . . . . .	143
2 1	Inleiding . . . . .	143
2 2	Die <i>status quo</i> benadering . . . . .	144
2 3	Die <i>laissez-faire</i> benadering . . . . .	144
2 4	Kriminalisering van surrogaatmoederskap . . . . .	146
2 5	Statutêre regulering . . . . .	147
3	DIE STATUTÊRE REGULERING VAN SURROGAATMOEDERSKAP . . .	148
3 1	Twee alternatiewe benaderings tot regulering . . . . .	148
3 2	Die grondslag van die voorgestelde wet . . . . .	149
3 3	'n Voorgestelde Wet op Surrogaatmoederskap vir Suid-Afrika . . . . .	149
3 3 1	Inleiding . . . . .	149
3 3 2	Inhoud en bespreking van die voorgestelde wet . . . . .	150
4	GEVOLGTREKKING . . . . .	175

## **HOOFSTUK 9 GEVOLGTREKKING . . . . . 177**

## **BIBLIOGRAFIE . . . . . 180**

## **AANHANGSEL A**



## HOOFSTUK EEN

### INLEIDING

#### 1 INLEIDING

Die enigste bekende geval oor surrogaatmoederskap in Suid-Afrika is die goed gepubliseerde Ferreira-Jorge geval. Hier het 'n 45-jarige ouma ingestem om haar kleinkinders namens haar dogter te baar. Haar dogter se man en haar eie man was albei ten gunste van die prosedure. Die ouma, mevrou Pat Anthony, is geïmagineer met embrios wat geskep is deur bevrugting van haar dogter se eierselle met haar skoonseun se spermselle. Drie van die embrios het in fetusse ontwikkel en is normaal en gesond byna nege maande later gebore.

In ander jurisdiksies kom gerapporteerde sake van surrogaatmoederskap algemeen voor. Een so 'n geval is 'n Amerikaanse saak waar die opdraggewende ouers 'n dogter wou hê. Die surrogaat het 'n identiese tweeling verwag, waarvan die een 'n seun was. Alhoewel die twee kinders normaal en gesond gebore is, het die opdraggewende ouers geweier om die seun te aanvaar en het hom beskikbaar gestel vir aanneming. Die surrogaatmoeder kon dit nie aanvaar nie en het besluit om die seun self groot te maak.<sup>1</sup>

'n Ander voorbeeld is dié van *Malahoff v Strivers*,<sup>2</sup> 'n Amerikaanse saak waar die baba met sekere gebreke gebore is. Die opdraggewende ouers, meneer en mevrou Malahoff, het ontken dat hulle geneties aan die kind verwant is, omdat meneer Malahoff, wie se sperm gebruik is om die surrogaat te bevrug, geen genetiese afwykings gehad het nie. Gevolglik wou meneer Malahoff nie meer die kind hê waarvoor hy gekontrakteer het nie. Mevrou Strivers wou ook nie die kind hê nie, omdat sy aangevoer het dat daar nie 'n band tussen haar en die kind is nie. Daar is toe besluit om bloedtoetse te laat doen ten einde die ouers van die kind vas te stel. Die hele proses is in 'n media sirkus omskep as gevolg van die feit dat die resultate op 'n nasionale televisie program, die Phil Donahue Show, bekend gemaak is. Dit het geblyk dat mevrou Strivers nie ingelig is dat sy nie geslagsgemeenskap met haar man

---

<sup>1</sup> Charo *United States: Surrogacy* in McLean (red) *Law Reform and Human Reproduction* (1992) 226.

<sup>2</sup> Sien die bespreking in Tager "Surrogate Motherhood: Legal Dilemma" 1986 *SALJ* 381 392-393.



mag hê voor inseminasie plaasgevind het nie. Gevolglik was die Strivers die genetiese ouers van die kind.

Meneer Malahoff het mevrou Strivers gedagvaar op grond van kontrakbreuk omdat sy nie 'n kind gebaar het waarvan hy die vader is nie. Op hul beurt het die Strivers die dokters, die prokureurs en die sielkundiges gedagvaar omdat hulle nie gewaarsku is dat hulle nie gemeenskap voor inseminasie mag hê nie. Hulle het ook vir meneer Malahoff gedagvaar vir die skending van hul privaatheid, omdat hy die aangeleentheid openbaar gemaak het. In 'n gewysigde eis het hulle beweer dat die kind se gebrek veroorsaak was deur 'n virus in meneer Malahoff se spermselle en dat die gebrek dus nie te wyte is aan enige genetiese afwyking aan hul kant nie. Die staat het uiteindelik die kind se voog geword.

Hierdie voorbeelde dui op die noodsaaklikheid om surrogaatmoederskap dwarsoor die wêreld te reguleer. Die doel van hierdie studie is egter om vas te stel hoe surrogaatmoederskap spesifiek in Suid-Afrika gereguleer kan word ten einde dit moreel en grondwetlik aanvaarbaar te maak. Dit sal gedoen word in die lig van bestaande wetgewing, die gemenereg, die kontraktuele aspekte van toepassing op surrogaatmoederskap, die Konsepwetsontwerp op Surrogaatmoederskap en die inheemse reg.

Surrogaatmoederskap word nie huidiglik in Suid-Afrika gereguleer nie en dit lei tot regs- en ander onsekerhede en die gevaar van uitbuiting van die persone betrokke. Die waarde van die studie lê dus daarin dat dit groter regsekerheid en beskerming kan bring vir die surrogaatmoeder, die kind, die opdraggewende ouers, medici en ander persone betrokke.

## **2 RASIONAAL**

Dit is nodig om die kernbegrippe rondom surrogaatmoederskap te verstaan voordat die onderwerp bespreek kan word. 'n Algemene definisie van surrogaatmoederskap kan geformuleer word as 'n swangerskap waar 'n vrou 'n kind baar namens 'n persoon of persone wat nie self kinders kan of wil baar nie.

Daar bestaan twee verskillende tipes surrogaatmoederskap. By gedeeltelike surro-



gaatmoederskap word die surrogaat kunsmatig bevrug met die sperm van die opdraggewende man of 'n skenker. Die surrogaatmoeder is geneties verwant aan die kind omdat haar eiersel gebruik word.<sup>3</sup> By volledige surrogaatmoederskap word die surrogaat kunsmatig bevrug met die eierselle van die opdraggewende vrou of 'n skenker en die spermselle van die opdraggewende man of 'n skenker. Hier is die surrogaatmoeder nie geneties verwant aan die kind nie - sy is bloot die dramoeder.<sup>4</sup>

Albei tipes kan 'n kommersiële of altruïstiese vorm aanneem. In die geval van kommersiële surrogaatmoederskap word die surrogaat betaal en kan sy 'n wins maak.<sup>5</sup> In die geval van altruïstiese surrogaatmoederskap word die surrogaat nie geld aangebied om die kind te baar nie. Sy baar 'n kind uit liefde of vriendskap vir 'n ander en sy maak geen wins nie.<sup>6</sup> Daar is egter heelwat morele en etiese aspekte relevant tot elk van die vorms van surrogasie en dit sal later in die studie ondersoek word.

Nog 'n belangrike definisie in die konteks van surrogaatmoederskap is dié van "ouers". Die begrip het nie sy gewone betekenis in hierdie verband nie. Afhangend van die omstandighede rondom die kunsmatige bevrugting, kan die kind wat uit die surrogaatooreenkoms gebore word, tot ses ouers hê. Dit is naamlik die opdraggewende ouer(s), die genetiese ouer(s) en die surrogaatmoeder en haar man, indien sy getroud is.

Die metode van kunsmatige bevrugting kan 'n impak hê op die regsverhouding tussen die partye.<sup>7</sup> Dit is daarom nodig om te bepaal watter vorm van kunsmatige bevrugting gebruik is. Die Suid-Afrikaanse Regskommissie onderskei die volgende tipes:<sup>8</sup>

- Die opdraggewende vrou se ovum kan *in vitro* of *in vivo* bevrug word met die spermselle van die opdraggewende man of 'n skenker waarna dit in die uterus van die surrogaat ingeplant word.

---

<sup>3</sup> SA Regskommissie *Verslag oor Surrogaatmoederskap* Projek 65 (1992) 6.

<sup>4</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 6.

<sup>5</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 9.

<sup>6</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 9.

<sup>7</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 7-8.

<sup>8</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 7-8.

- Die surrogaat se eie ovum kan *in vitro* of *in vivo* bevrug word met die spermselle van die opdraggewende man of 'n skenker.
- 'n Embrio kan geskep word uit die gamete van skenkers en ingeplant word in die uterus van die surrogaatmoeder.
- Die surrogaat kan met haar eie man se spermselle geïnsemineer word.

Die laaste metode is hoogs kontroversieel, omdat dit daarop neerkom dat die surrogaat en haar man hul eie genetiese kind weggee. Indien hierdie metode egter wel aanvaar word, sal dit die noodsaak vir kunsmatige inseminasie uit die weg ruim, omdat haar man haar op die natuurlike wyse kan beswanger.

Dit is ook belangrik om te weet wat nie as surrogaatmoederskap geklassifiseer sal word nie. 'n Vrou wat 'n kind wil hê, kunsmatiglik bevrug word en dan die kind vir die volle tydperk dra, is byvoorbeeld nie 'n surrogaat nie, tensy daar 'n ooreenkoms of bedoeling is om die kind aan 'n ander te oorhandig by geboorte. Surrogaatmoederskap vereis dat die vrou wat kunsmatiglik bevrug word en die kind die volle tydperk dra, die kind by geboorte aan 'n ander moet oorhandig. Gevolglik is dit belangrik om die surrogaatmoederskapsooreenkoms te definieer.

Die volgende definisie word deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie voorgestel:<sup>9</sup>

"'n Ooreenkoms tussen 'n surrogaatmoeder en opdraggewende ouers waarby ooreengekom word dat die surrogaatmoeder haarself kunsmatig sal laat bevrug met die doel om 'n kind vir die opdraggewende eggenote te baar en waarby die surrogaatmoeder onderneem om die kind by geboorte of binne 'n redelike tyd daarna aan die opdraggewende ouers te oorhandig."

Bogenoemde is 'n baie eng definisie wat later in die studie aangespreek sal word.

---

<sup>9</sup> Kl 1 van die Konsepwetsontwerp op Surrogaatmoederskap.



### 3 METODOLOGIE EN HOOFSTUK VOLGORDE

Die morele en sosiale aspekte sal in Hoofstuk Twee oorweeg word en die waardes onderliggend aan surrogaatmoederskap sal bespreek word. In Hoofstuk Drie sal die wetgewing wat op surrogaatmoederskap van toepassing is ontleed word en die tekortkominge daarvan sal aangedui word. Voorstelle sal ook gemaak word om hierdie leemtes aan te vul. In Hoofstuk Vier sal die relevante gemeenregtelike stelreëls en die kontraktereg ontleed word. In Hoofstuk Vyf sal die impak van die Grondwet<sup>10</sup> op Surrogaatmoederskap ontleed word ten einde vas te stel hoe om te verseker dat 'n voorgestelde wet grondwetlik regverdigbaar sal wees. Hoofstuk Ses sal 'n kritiese analise van die Suid-Afrikaanse Regskommissie se Voorgestelde Wetsontwerp op Surrogaatmoederskap bevat. Die inheems-regtelike praktyke, wat soortgelyk aan surrogaatmoederskap is, sal in Hoofstuk Sewe krities geanaliseer en geïnterpreteer word. Hoofstuk Agt sal die tesis saamvat en voorstelle sal gemaak word vir 'n Wet op Surrogaatmoederskap vir Suid-Afrika.

Die deliktereg en die strafregtelike aanspreeklikheid van professionele persone sal nie in hierdie tesis aangespreek word nie, omdat dit nie deur die voorgestelde Wet gereguleer sal word nie.

---

<sup>10</sup>

108 van 1996.

## HOOFSTUK TWEE

### MORELE EN SOSIALE ASPEKTE VAN SURROGAATMOEDERSKAP

#### 1 INLEIDING

Vanweë die feit dat surrogaatmoederskap raak aan die wese van die samelewing se idee van moederskap en die struktuur van die gesin, is daar noodwendig baie morele en sosiale aspekte wat verband hou daarmee. Die moraliteit van surrogasie het al meermale in gedrang gekom. Baie sien dit as analoog aan prostitusie, omdat die surrogaatmoeder toelaat dat haar liggaam gebruik word tot voordeel van 'n ander.<sup>1</sup> Dit is ook al met slawerny vergelyk, omdat die kind wat gebore word verkoop word aan 'n ander.<sup>2</sup> So word daar ook gesê dat dit op handeldryf in kinders neerkom wanneer die surrogaatmoeder betaling ontvang vir die "dienste" wat sy lewer.<sup>3</sup> Dit is dan ook kommersiële surrogaatmoederskap<sup>4</sup> wat veral probleme oplewer vanweë die feit dat kinders as handelsware gesien word.

Daar bestaan egter ook ander morele probleme wat in hierdie hoofstuk aandag sal geniet. Daar sal ook gekyk word na die sosiale impak wat surrogaatmoederskap het, as gevolg van die feit dat die baar van 'n kind wat dan aan 'n ander oorhandig word, indruis teen die gemeenskap se idee van die moeder-kind verhouding. Die doel van hierdie hoofstuk is dus om die morele en sosiale aspekte van surrogaatmoederskap, wat verband hou met 'n voorgestelde wet, te analiseer, sodat die onderwerp op 'n regverdige wyse gereguleer kan word.<sup>5</sup>

In die res van hierdie afdeling, sal die vernaamste morele probleme rondom surrogasie dus uitgelig word.

Waar daar in hierdie hoofstuk (en die res van die tesis) na die surrogaatmoederskapsituasie

---

<sup>1</sup> Tager "Surrogate Motherhood, Legal Dilemma" 1986 *SALJ* 381 393.

<sup>2</sup> Rae *The Ethics of Commercial Surrogate Motherhood: Brave New Families?* (1994) 29.

<sup>3</sup> Tager 1986 *SALJ* 393.

<sup>4</sup> Soos gedefinieer in hfst 1.

<sup>5</sup> Die idee is om uiteindelik voorstelle te maak tav 'n wet vir Suid-Afrika.



verwys word, sal dit 'n verwysing wees na die situasie wat gewoonlik voorkom,<sup>6</sup> tensy dit uit die konteks anders blyk.

## **2 MORELE ARGUMENTE**

In hierdie afdeling van die hoofstuk sal daar na die morele argumente vir en teen surrogaatmoederskap gekyk word ten einde 'n geheelbeeld van al hierdie probleme te kry. Daar sal ook gekyk word tot hoe 'n mate probleme oorkombaar is en hoe geldig die argumente is wat deur skrywers geopper word.

### **2 1 Kommersiële surrogasie is onaanvaarbaar**

#### *2 1 1 Inleiding*

By kommersiële surrogasie word die surrogaatmoeder betaal en kan sy 'n wins uit die transaksie maak. Normaalweg is daar geen morele besware indien die surrogaat vergoed word vir haar redelike uitgawes, soos mediese onkoste, nie.<sup>7</sup> Die probleem ontstaan egter wanneer die surrogaat se vergoeding meer as die redelike uitgawes dek en sy 'n wins maak uit haar optrede. 'n Verdere probleem wat by betaling ontstaan is die statutêre verbod op betaling by aanneming wat oortree word.<sup>8</sup>

Alhoewel daar ook probleme bestaan rondom altruïstiese surrogaatmoederskap,<sup>9</sup> word die meeste besware geopper teen kommersiële surrogaatmoederskap. Die publiek sal in die geval van altruïstiese surrogaatmoederskap die surrogaat respekteer, omdat sy die waardes van onselfsugtigheid en vrygewigheid, wat die gemeenskap belangrik ag, weerspieël. Ten opsigte van kommersiële surrogaatmoederskap is die prentjie ietwat anders en word sy as boos en

---

<sup>6</sup> Naamlik dat die opdraggewende vrou nie in staat is om geboorte te skenk aan die kind nie, maar wel vrugbaar is en die opdraggewende man se sperm gebruik word om sy vrou se eiersel te bevrug.

<sup>7</sup> Lupton "The Right to be Born: Surrogacy and the Legal Control of Human Fertility" 1989 *Med Law* 483 491.

<sup>8</sup> A 24 van die Wet op Kindersorg 74 van 1983 sal in hfst 3 aandag geniet.

<sup>9</sup> Bv die gevaar van emosionele uitbuiting van 'n familielid ten einde haar te oortreed om as surrogaat op te tree.

finansieel gedrewe beskou.<sup>10</sup>

Verskeie morele argumente word teen kommersiële surrogaatmoederskap geopper, byvoorbeeld dat dit op handeldryf in kinders neerkom of dat dit met slawerny ooreenstem.<sup>11</sup> Daar sal in hierdie onderafdeling na elk van die argumente gekyk word en die geldigheid daarvan sal oorweeg word.

## 2 1 2 *Betaling van die surrogaat*

### 2 1 2 1 Inleiding

Soos reeds hierbo vermeld is daar normaalweg geen morele besware teen die vergoeding van die surrogaatmoeder vir haar redelike uitgawes nie.<sup>12</sup> Dit is immers net billik dat sy vergoed word daarvoor aangesien sy nie hierdie uitgawes sou gehad het as dit nie vir die sluiting van die surrogaatmoederskapskontrak met die opdraggewende ouers was nie.<sup>13</sup> Ten spyte van die morele besware wat teen die vergoeding van die surrogaat vir meer as haar redelike uitgawes geopper word, is daar verskeie argumente ten gunste daarvan.

### 2 1 2 2 Die wet is nie gemik op surrogaatmoederskap nie

Die argumente ten gunste van die betaling van die surrogaat vir meer as haar redelike uitgawes neem gewoonlik een van twee vorms aan. Die eerste argument is dat die betaling van die surrogaatmoeder, vir meer as haar redelike uitgawes, neerkom op betaling vir die aanneming van die kind.<sup>14</sup> Die teenstanders van hierdie argument stel dit dan dat die Wet

---

<sup>10</sup> Lupton "Surrogate Parenting: The Advantages and Disadvantages" 1986 *TRW* 148 152.

<sup>11</sup> Rae *Ethics* 60.

<sup>12</sup> Selfs die Konsepwetsontwerp op Surrogaatmoederskap aanvaar in klousule 10(2) dat die surrogaat geregtig is op uitgawes wat direk verband hou met die kunsmatige bevrugting, swangerskap, geboorte van die kind en die bekragtiging van die ooreenkoms.

<sup>13</sup> Die uitgawes sal insluit haar regskoste by die opstel van die kontrak, haar mediese koste tav die kunsmatige inseminasie en die swangerskap, verlies aan inkomste en vergoeding vir pyn en lyding. Sien in hierdie verband Lupton 1989 *Med Law* 491.

<sup>14</sup> Rae *Ethics* 32.



op Kindersorg<sup>15</sup> nie geskryf was met die oog op surrogaatmoederskap nie.<sup>16</sup> Daarom behoort die verbod op die betaling vir aanneming, vervat in artikel 24, nie die surrogaatmoederskapsooreenkoms te tref nie.

Die probleem is egter dat die wet wel van toepassing is op surrogaatmoederskap, omdat die opdraggewende ouers die kind sal moet aanneem indien hulle ouerlike regte wil bekom.<sup>17</sup> Dit veroorsaak verskeie probleme wat in Hoofstuk 3 aangespreek sal word.

2 1 2 3 Kommersiële surrogaatmoederskap verskil van die gevalle wat die wet wou dek

Die tweede argument is dat kommersiële surrogaatmoederskap wel neerkom op die verkoop van kinders, maar dat dit wesenlik verskil van die tipe gevalle wat die Wet op Kindersorg<sup>18</sup> bedoel was om te dek.<sup>19</sup> Die verskille wat die voorstanders van hierdie argument gewoonlik uitlig word in die volgende paragrafe geëvalueer ten einde vas te stel of daar werklik 'n verskil tussen surrogaatmoederskap en die verkoop van kinders op die swartmark is.

(a) Die omstandighede van die vrou verskil

In die eerste plek verskil die omstandighede van die surrogaatmoeder heeltemal van die omstandighede van die vrou wat haar baba op die swartmark verkoop. In laasgenoemde geval is die kind nie beplan nie, die moeder is nie in staat om die kind finansieel te onderhou nie en die vader weier in die meeste gevalle om te erken dat die kind syne is en om enige verdere kontak met die moeder te hê. Gevolglik is die moeder blootgestel aan geweldige druk en moet sy vinnig besluite neem om van die kind ontslae te raak.<sup>20</sup> Die kind word aan die persoon wat die hoogste aanbod maak verkoop en ouerskap word deur die geldelike vermoëns van 'n persoon bepaal. Hierdie toedrag van sake is nie noodwendig in die kind se beste

---

<sup>15</sup> 74 van 1983.

<sup>16</sup> Lupton 1986 *TRW* 150.

<sup>17</sup> Pretorius *Surrogate Motherhood: Legal Issues* (1991) 275.

<sup>18</sup> 74 van 1983.

<sup>19</sup> Rae *Ethics* 29. Naamlik die koop van kinders.

<sup>20</sup> Lupton 1986 *TRW* 150.

belang nie.<sup>21</sup>

Daar moet egter in gedagte gehou word dat die geskiktheid van die opdraggewende ouers in die geval van kommersiële surrogaatmoederskap ook nie getoets word nie, en hul geskiktheid word ook bepaal deur hul vermoë om die surrogaat te betaal.<sup>22</sup>

(b) By surrogasie is daar geen druk op die surrogaat nie

In die geval van surrogaatmoederskap is die kind nie onwelkom nie en sy geboorte was beplan.<sup>23</sup> Die surrogaat kan ook nie onder druk geplaas word deur die opdraggewende ouers nie, want sy het voldoende tyd om te besluit om nie met die kunsmatige bevrugting voort te gaan nie.<sup>24</sup>

Rae wys egter daarop dat die vrou wat betrokke is by kommersiële surrogasie nie noodwendig vry is van dwang nie.<sup>25</sup> Wanneer sy die kind verwag en begin besef dat sy dalk eerder die kind wil hou, dwing die opdraggewende ouers haar om die kontrak na te kom en die kind te oorhandig. Sy word dus gedwing om gehoor te gee aan 'n kontrak wat sy nie wil nakom nie.

Daar is gevolglik nie veel verskil tussen 'n vrou wat haar kind op die swartmark wil verkoop en 'n surrogaatmoeder betrokke by 'n kommersiële kontrak wat die kind wil hou nie. Beide vrouens kan onder druk geplaas word om die kind te oorhandig. Die surrogaatmoeder word vanweë die werking van die kontrak aan hierdie druk onderwerp en die vrou wat haar kind op die swartmark wil verkoop word weens persoonlike omstandighede onder druk geplaas.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> Rae *Ethics* 39.

<sup>22</sup> Dit word wel deur die Konsepwetsontwerp op Surrogaatmoederskap vereis in kl 6, maar dit is nie 'n afdwingbare bepaling nie, omdat dit bloot 'n konsepwetsontwerp is.

<sup>23</sup> Rae *Ethics* 39.

<sup>24</sup> Rae *Ethics* 39.

<sup>25</sup> Rae *Ethics* 44.

<sup>26</sup> Rae *Ethics* 44.



(c) Die kind is geneties verwant aan een van die ouers in die geval van surrogasie

Anders as in die geval waar babas op die swartmark verkoop word, sal die kind geneties verwant wees aan ten minste een van die opdraggewende ouers.<sup>27</sup> Waar die surrogaat bevrug word met 'n embrio wat geskep is uit die genetiese materiaal van beide opdraggewende ouers, sal die kind geneties dié van die opdraggewende ouers wees.<sup>28</sup>

Die kind wat aangeneem word nadat hy op die swartmark gekoop is, word nie deur sy biologiese ouer grootgemaak soos dit die geval is by surrogaatmoederskap nie,<sup>29</sup> maar dit is onseker of biologiese verwantskap werklik 'n rol speel.<sup>30</sup>

Dit is nie noodwendig so dat die biologiese ouer 'n beter ouer vir die kind sal wees nie.<sup>31</sup> Ter stawing van hierdie standpunt kan genoem word dat die natuurlike vader van 'n buite-egtelike kind in die Suid-Afrikaanse Reg nie outomaties toegang, bewaring en voogdy kan verkry oor sy kind bloot vanweë die feit dat hy die biologiese vader van die kind is nie. Die hof moet eers oortuig wees van verskeie faktore voordat dit toegang sal verleen.<sup>32</sup>

(d) Die beste belang van die kind

Daar kan nie geargumenteer word dat die beste belang van die kind in aggeneem word in die geval van surrogaatmoederskap, maar nie in die geval van die handeldryf in kinders nie. Nóg die verkoop van kinders op die swartmark, nóg kommersiële surrogaatmoederskap neem werklik die beste belang van die kind in ag. In die geval van die verkoop van 'n kind op die swartmark, is die enigste faktor wat die geskiktheid van die aannemende ouers bepaal hul

---

<sup>27</sup> Rae *Ethics* 38.

<sup>28</sup> Lupton 1986 *TRW* 150-151.

<sup>29</sup> Die kind sal deur sy biologiese ouer groot gemaak word, indien die ouer se gamete vir sy verwekking gebruik is.

<sup>30</sup> Van Niekerk en Van Zyl "Commercial Surrogacy and the Commodification of Children: An Ethical Perspective" 1995 *Med Law* 163 167.

<sup>31</sup> Rae *Ethics* 40.

<sup>32</sup> Wet op die Natuurlike Vaders van Buite-Egtelike Kinders 86 van 1997. Selfs ingevolge die gemenereg moes die vader bewys het dat dit in die beste belang van die kind is dat hy toegang, bewaring en/of voogdy oor die kind verkry. Sien in hierdie verband die saak *B v S* 1995 (3) SA 571 (A).



vermoë om vir die kind te betaal. In die geval van kommersiële surrogasie is dit gewoonlik die surrogaatmoeder wat geëvalueer word in opdrag van die opdraggewende ouers. Daar is huidiglik geen statutêre verpligting dat die opdraggewende ouers se geskiktheid, om as ouers te dien, geëvalueer word nie.<sup>33</sup>

'n Verdere faktor wat aandui dat die kind se belang nie voorrang geniet in kommersiële surrogasie nie is in Amerika geïdentifiseer. Die surrogaatmoeder en die opdraggewende ouers het elk regsverteenvoerders om hul belange te handhaaf as hul dispuut in die hof eindig, maar die kind was gebore is, het gewoonlik nie 'n afsonderlike regsverteenvoerder nie.<sup>34</sup> Dit is dus duidelik dat die beste belang van die kind nie 'n hoë prioriteit geniet nie.

In Suid-Afrika kan dit wees dat hierdie probleem nie 'n werklikheid word wanneer daar wel so 'n saak voor die hof dien nie, want die Grondwet<sup>35</sup> vereis in artikel 28(1)(h) dat die kind deur die staat op staatsonkoste van 'n regspraktisyn voorsien word in siviele verrigtinge wat die kind raak, indien dit andersins tot wesenlike onreg sal lei. Verder stel die Grondwet<sup>36</sup> dit duidelik dat 'n kind se beste belang van deurslaggewende belang is in elke aangeleentheid wat die kind raak.<sup>37</sup> Die kind sal dus van 'n afsonderlike regsverteenvoerder voorsien word, indien die afwesigheid van 'n regsverteenvoerder tot wesenlike onreg sal lei.

Uit bogenoemde kan dit dus gesien word dat die beste belang van die kind waarskynlik eers voorrang sal geniet wanneer daar 'n dispuut rondom die kommersiële surrogasie is en die aangeleentheid na 'n hof verwys word.<sup>38</sup> So 'n situasie is onwenslik en daarom is dit nodig om surrogaatmoederskap op so 'n manier te reguleer dat die hof kan seker maak dat die kind se beste belang in elke geval van surrogaatmoederskap gedien word. Een manier om hierdie doelwit te bereik, is om te vereis dat elke surrogaatmoederskapsooreenkoms eers deur die

---

<sup>33</sup> Die Konsepwetsontwerp op Surrogaatmoederskap vereis dit wel in kl 6, maar dit is nie 'n afdwingbare bepaling nie, omdat dit bloot 'n konsepwetsontwerp is.

<sup>34</sup> *Rae Ethics* 43.

<sup>35</sup> 108 van 1996.

<sup>36</sup> 108 van 1996.

<sup>37</sup> Art 28(2).

<sup>38</sup> *Rae Ethics* 43.



hof bekragtig word voordat die surrogaatmoeder kunsmatiglik bevrug word.<sup>39</sup> Sodoende kan daar al na die beste belang van die kind omgesien word nog voordat hy verwek is.

(e) Betaling is vir dienste gelewer - nie vir die kind nie

Nog 'n argument ter stawing daarvan dat surrogasie nie dieselfde is as die verkoop van kinders op die swartmark nie, is die feit dat die fooi nie vir die kind betaal word nie, maar as vergoeding dien vir die surrogaat vir die dienste wat sy gelewer het.<sup>40</sup> Die surrogaatmoederskapskontrak moet baie versigtig geformuleer word om te verseker dat dit nie geïnterpreteer word as sou ouerlike regte teen betaling oorgedra word nie, omdat dit die bestaande statutêre regulering van aanneming sal skend.<sup>41</sup>

Bogenoemde argument is gekunsteld. Dit is duidelik dat daar gekontrakteer word vir die dienste van die surrogaat en dat sy dus daarvoor vergoed moet word, maar dat dit alleen nie die uitsluitlike oogmerk van die kontrak is nie. Die fokus van die partye is ook op die kind wat gebore moet word en die ouerlike regte wat oorgedra moet word.<sup>42</sup> Dit blyk duidelik uit die volgende gevolge wat voortvloei uit die kontrak. Die surrogaat ontvang slegs haar vergoeding indien die kind gebore word en sy hom oorhandig aan die opdraggewende ouers.<sup>43</sup> Wanneer die surrogaat kontrakbreuk pleeg deur te weier om die kind te oorhandig, behoort sy steeds die volle vergoeding te ontvang, want die opdraggewende ouers het gekontrakteer dat sy 'n kind baar en dit het sy gedoen.<sup>44</sup>

Waar die kind dood gebore word of wangeskape is, kry die surrogaat minder geld.<sup>45</sup> Indien daar bloot vir haar dienste betaal word, behoort sy die volle vergoeding te kry omdat sy wel

---

<sup>39</sup> Kl 6 en 7(1)(a) van die Konsepwetsontwerp op Surrogaatmoederskap.

<sup>40</sup> Rae *Ethics* 29. Sien ook Freeman *Is Surrogacy Exploitive?* in McLean (red) *Legal Issues in Human Reproduction* (1990) 171.

<sup>41</sup> Rae *Ethics* 30. Die Wet op Kindersorg 74 van 1983 plaas in a 24 'n verbod op vergoeding vir aanneming.

<sup>42</sup> Ray *Ethics* 32.

<sup>43</sup> Ray *Ethics* 31-32.

<sup>44</sup> Ray *Ethics* 34.

<sup>45</sup> Field *Surrogate Motherhood* 99-100. Sien ook Rae *Ethics* 34.



haar verpligtinge uitgevoer het.<sup>46</sup>

Indien daar in gedagte gehou word dat die werklike fokus van die kontrak op die geboorte van die kind en die oordrag van ouerlike regte is, kan daar verstaan word hoekom die opdraggewende ouers die surrogaat gewoonlik sal wil dagvaar om daadwerklike vervulling ten einde die kind te verkry. Die opdraggewende ouers sou nie kon dagvaar vir daadwerklike vervulling van die kontrak indien die kontrak gemik was op die blote vervulling van die dienste van die surrogaatmoeder nie. Haar verpligting sou bestaan uit die dra van die kind vir nege maande en die skenking van geboorte aan die kind. Indien die kind gebore is, het sy haar dienste verrig.<sup>47</sup> Indien die opdraggewende ouers sou erken dat die oorhandiging van die kind en die oordrag van ouerlike regte 'n wesenlike kenmerk van die surrogaatmoederskontrak is, sal hulle skuldig wees aan die oortreding van artikel 24 van die Wet op Kindersorg.<sup>48</sup>

Dit is in elk geval twyfelagtig of die opdraggewende ouers sou kon dagvaar vir daadwerklike vervulling waar die surrogaat nie haar dienste behoorlik verrig nie,<sup>49</sup> byvoorbeeld as sy sou dwelms gebruik tydens haar swangerskap. Die houe is nie geneig om daadwerklike vervulling by persoonlike kontrakte<sup>50</sup> te beveel nie<sup>51</sup> omdat dit sou inbreuk maak op die persoonlike vryheid van die surrogaat.<sup>52</sup>

Dit is gevolglik duidelik dat die hoofmerk van die kontrak die verkryging van die kind en die ouerlike regte is en nie soseer die verrigting van die dienste deur die surrogaat nie. Die argument dat betaling geskied vir dienste faal dus.

Verder sal die beginsels van die kontraktereg ook bogenoemde argument kortwiek. Waar

---

<sup>46</sup> Rae *Ethics* 34.

<sup>47</sup> Rae *Ethics* 32.

<sup>48</sup> 74 van 1983.

<sup>49</sup> Field *Surrogate Motherhood* 108.

<sup>50</sup> Dit is indien die kontrak as 'n persoonlike kontrak geklassifiseer kan word. Rae *Ethics* 33 is van mening dat dit nie 'n suiwer dienskontrak is nie, maar wel 'n gemengde kontrak bestaande uit die lewering van beide 'n produk (die kind) en 'n diens. Hierdie aspek sal in hfst 4 verder bespreek word.

<sup>51</sup> Van der Merwe et al *Kontraktereg: Algemene Beginsels* (1994) 278-281.

<sup>52</sup> Field *Surrogate Motherhood* 108. Volgens Field sal skadevergoeding 'n beter remedie wees.



kontraktante 'n kontrak simuleer en die indruk wek dat hulle bepaalde regsgevolge tot stand wil bring,<sup>53</sup> terwyl dit eintlik nie die geval is nie, sal die reg in ooreenstemming met die spreuk *plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur*<sup>54</sup> die gevolge heg<sup>55</sup> aan die ooreenkoms wat die partye werklik bedoel het.<sup>56</sup> Uit die aard van die ooreenkoms sal dit duidelik blyk dat die hoofdoel die verkryging van die kind en die oordrag van ouerlike regte was. Dit sou beteken dat die kontrak ongeoorloof is, vanweë die feit dat dit neerkom op betaling vir aanneming wat in stryd is met artikel 24 van die Wet op Kindersorg.<sup>57</sup>

(f) Ouerlike gesag word verkoop - nie die kind nie

Soortgelyk aan die argument dat daar betaal word vir die surrogaat se dienste en nie vir die kind nie, is die punt dat die surrogaatmoeder haar ouerlike regte verkoop en nie die kind nie.<sup>58</sup> Dit faal egter om dieselfde redes as die vorige argument. Dit is ook weereens duidelik dat so 'n reëling bots met die Wet op Kindersorg<sup>59</sup> wat in artikel 24 'n verbod plaas op betaling vir die aanneming van 'n kind. Partye betrokke by die reëling sal skuldig wees aan 'n misdryf.<sup>60</sup>

## 2 1 2 4 Gevolgtrekking

Dit is onseker of daar werklike verskille is tussen die verkoop van kinders op die swartmark en kommersiële surrogaatmoederskap. Selfs indien daar geargumenteer sou word dat daar verskille is, is hierdie verskille waarskynlik nie werklik relevant nie.<sup>61</sup> Wat wel blyk is dat kommersiële surrogaatmoederskap en die verkoop van babas op die swartmark ewe onwenslik

<sup>53</sup> Naamlik dat betaling vir dienste geskied en nie vir die kind nie.

<sup>54</sup> Die werklik beoogde doel weeg swaarder (is van meer betekenis) as die gehuigelde formulering (of inkleding) - Hiemstra en Gonin *Drietalige Regswoordeboek* 3e uitg (1992) 256.

<sup>55</sup> Naamlik dat betaling vir die kind is.

<sup>56</sup> Van der Merwe et al *Kontraktereg* 15. En sien ook *De Jager v Grunder* 1964 (1) SA 446 (A), *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302 en *Kilburn v Estate Kilburn* 1931 AD 501.

<sup>57</sup> Wet 74 van 1983. Vir 'n bespreking van die gevolge van die ongeoorlooftheid van die kontrak, sien hfst 4.

<sup>58</sup> Van Niekerk en Van Zyl 1995 *Med Law* 168-169.

<sup>59</sup> Wet 74 van 1983.

<sup>60</sup> A 24(2). Sien ook Rae *Ethics* 34.

<sup>61</sup> Rae *Ethics* 40.

is. Daar kan nie gesê word dat kommersiële surrogaatmoederskap aanvaarbaar is bloot omdat dit nie presies dieselfde is as die verkoop van babas op die swartmark nie.<sup>62</sup>

### 2 1 3 *Uitbuiting van die opdraggewende ouers*

Die moontlikheid dat die opdraggewende ouers uitgebuit kan word is ook aanwesig. Vanweë hul oorweldigende begeerte om 'n kind te hê stel hulle hulself bloot aan uitbuiting deur die surrogaatmoeder en selfs derde partye wat so 'n ooreenkoms reël. Dit is maklik denkbaar dat laasgenoemde partye alles moontlik sal probeer om die maksimum hoeveelheid geld van die opdraggewende ouers te bekom.<sup>63</sup>

### 2 1 4 *Die kind word verlaag tot handelsware*

#### 2 1 4 1 Inleiding

Dit blyk duidelik uit die aard van kommersiële surrogaatmoederskap dat die kind die werklike voorwerp van die transaksie is.<sup>64</sup> Verder kan daar ook op die terminologie gelet word wat gebruik word by surrogaatmoederskap: daar word gepraat van die "produk" van die ooreenkoms of die "skenking" van die kind aan die opdraggewende ouers.<sup>65</sup> Dit skep die indruk dat die kind bloot 'n artikel is waarmee handel gedryf word.

Verskeie standpunte bestaan wat poog om hierdie argument te ondermyn, maar soos aangedui sal word, is hierdie standpunte foutief. Eerstens sal die aantasting van die kind se menswaardigheid bespreek word, waarna die genoemde standpunte aangespreek sal word.

#### 2 1 4 2 Menswaardigheid en slawerny

Die kommersiële aard van die transaksie tas die kind se menswaardigheid aan omdat die kind

---

<sup>62</sup> Rae *Ethics* 40.

<sup>63</sup> Rae *Ethics* 44.

<sup>64</sup> Sien 13-15 *supra* vir 'n bespreking hiervan.

<sup>65</sup> Freeman *Surrogacy* 175.



effektief verlaag word tot die voorwerp van 'n kooptransaksie. Dit is totaal onaanvaarbaar as in gedagte gehou word dat 'n mens *res extra commercio* is.<sup>66</sup> Die rede hiervoor is juis dat dit menswaardigheid sou skend indien 'n persoon gekoop en verkoop kan word. Die Suid-Afrikaanse Grondwet<sup>67</sup> beskerm nie net die reg op menswaardigheid nie,<sup>68</sup> maar plaas ook 'n verbod op die onderwerping van enige persoon aan slawerny.<sup>69</sup> Wanneer die kind verkoop word, is dit analoog aan die verkoop van 'n slaaf.<sup>70</sup> Die Suid-Afrikaanse Reg het al duidelik te kenne gegee dat dit nie handeldryf in kinders sal toelaat nie.<sup>71</sup>

Surrogaatmoederskap bevat 'n verdere element van slawerny,<sup>72</sup> naamlik die gedwonge skeiding van moeder en kind wat aanleiding gee tot die verbroekeling van die gesinseenheid.<sup>73</sup> Dit is onaanvaarbaar dat die vrou wat geboorte geskenk het aan 'n kind verplig word om daardie kind weg te gee.<sup>74</sup>

## 2 1 4 3 'n Liefdevolle huis

'n Argument wat die voorstanders van kommersiële surrogaatmoederskap voorhou om betaling te regverdig, is dat die opdraggewende ouers nie die kind soos 'n handelsartikel sal gebruik nie.<sup>75</sup> Hulle het lank op die kind gewag en baie moeite gedoen om hom te kry. Daarom sal die kind vir hulle meer beteken as sy finansiële waarde.<sup>76</sup>

Dit is waar dat kinders wat uit surrogaatmoederskapsooreenkomste gebore word in die meeste gevalle na 'n liefdevolle huis gaan. Maar die feit bly staan dat daar geld betaal word ten

---

<sup>66</sup> Van der Merwe *Sakereg* 2e uitg (1989) 29.

<sup>67</sup> 108 van 1996.

<sup>68</sup> A 10.

<sup>69</sup> A 13.

<sup>70</sup> Rae *Ethics* 59.

<sup>71</sup> Sien bv *Hlope v Mahlalela and Another* 1998 (1) SA 449 (T) 459C waar Van den Heever AJ dit stel dat:

"Any arrangement that smacks of the sale of or the trafficking in children will not be enforced."

<sup>72</sup> Let wel dat dit net die geval sal wees wanneer die surrogaat weier om die kind te oorhandig.

<sup>73</sup> Rae *Ethics* 60.

<sup>74</sup> Van Niekerk en Van Zyl 1995 *Med Law* 165.

<sup>75</sup> Van Niekerk en Van Zyl 1995 *Med Law* 167-168.

<sup>76</sup> Rae *Ethics* 50.

einde 'n kind te verkry.<sup>77</sup> Kommersiële surrogasie toon sterk ooreenkomste met slawerny, weens die koop en verkoop van die kind. Net soos slawerny onwettig is, ongeag hoe goed die slaaf deur sy eienaars behandel word, net so is kommersiële surrogasie onwettig, ongeag die feit dat die kind deur liefdevolle opdraggewende ouers grootgemaak word.<sup>78</sup>

#### 2 1 4 4 Oordrag van ouerlike gesag

Soms word daar na die analogie tussen onvrugbaarheidsbehandelings en surrogaatmoederskap verwys.<sup>79</sup> In albei gevalle word geld betaal ten einde 'n kind te bekom en aangesien dit aanvaarbaar is om geld te betaal vir onvrugbaarheidsbehandelinge, behoort dit aanvaarbaar te wees om geld te betaal aan die surrogaatmoeder. Dit is irrelevant of die dokter of die surrogaat die geld ontvang omdat die prosedures dieselfde resultate oplewer.<sup>80</sup>

Rae wys daarop dat dit in elk geval aanvaarbaar is dat die dokter betaal word vir sy behandeling van die onvrugbare persoon, omdat die dienste wat hy lewer nie gepaardgaan met die oordrag van ouerlike gesag deur hom nie.<sup>81</sup> Die surrogaatmoeder moet tesame met ontvangs van betaling ouerlike gesag oordra.

#### 2 1 4 5 Die reeds bestaande regsverhouding

In Amerika het die hof van Kentucky in die saak van *Kentucky v Surrogate Parenting Associates, Inc*<sup>82</sup> beslis dat surrogaatmoederskontrakte nie die staat se wette, wat die handeldryf in kinders verbied, oortree nie. As rede hiervoor het die hof die volgende ten opsigte van 'n natuurlike vader aangevoer:

"[He] does not (and cannot) buy the right to adopt a child with which he already has a legal and natural relationship"

---

<sup>77</sup> Rae *Ethics* 51.

<sup>78</sup> Rae *Ethics* 51.

<sup>79</sup> Mason *Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood* (1990) 231.

<sup>80</sup> Rae *Ethics* 50.

<sup>81</sup> Rae *Ethics* 51-52.

<sup>82</sup> 10 *Fam. L. Rep.* (BNA) 1105-07 (Ky. Cir. Ct. 67, 1983).



Die hof het verder bevind dat die betaling van 'n fooi deur die natuurlike vader aan die natuurlike moeder nie neerkom op die verkoop van die kind nie.<sup>83</sup> Dit is onwaarskynlik dat hierdie argument in Suid-Afrika gehandhaaf sal word, omdat die Suid-Afrikaanse Reg<sup>84</sup> nie erken dat 'n vader enige ouerlike gesag ten opsigte van sy buite-egtelike kind het nie. Verder bepaal artikel 5(2) van die Wet op die Status van Kinders<sup>85</sup> dat 'n gameetskenker (die opdraggewende man) alle regte en verpligtinge ten opsigte van die kind wat gebore word, verloor. Die gevolg is dat die opdraggewende man nie regtens as natuurlike vader van die kind erken sal word nie.

## 2 1 4 6 Eiendomsreg van gamete

Page argumenteer dat dit moontlik is om gamete te skenk<sup>86</sup> en daarom vestig die eiendomsreg van die gamete geheel en al in die ontvangers van die gamete. Volgens Page is die gevolg hiervan dat die skenker alle ouerlike regte en verpligtinge verloor ten opsigte van die kind wat gebore mag word uit die prosedure. Page kom dan verder tot die gevolgtrekking dat daar geen rede bestaan hoekom gamete nie geskenk kan word terwyl dit nog in die liggaam van die surrogaatmoeder is nie.<sup>87</sup> Die gevolg sal dan wees dat die kind regtens die kind van die opdraggewende ouers is vanaf die stadium wat daar nog net 'n gameet bestaan. Gevolglik kan die probleem van oordrag van die kind vermy word.

Die probleem met hierdie argument is tweeledig. In die eerste plek is dit onaanvaarbaar dat 'n vrou wat geboorte skenk aan 'n kind wat geneties haar eie is, verhoed word om te sê dat dit haar kind is.<sup>88</sup> Tweedens stel Page ouerlike gesag gelyk aan eiendomsreg en daarom is dit moontlik vir hom om te beweeg van eiendomsreg oor gamete na eiendomsreg oor die kind

---

<sup>83</sup> Sien ook Lupton 1986 *TRW* 153-154.

<sup>84</sup> Die gemenereg en die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-Egtelike Kinders 86 van 1997 bepaal beide dat die natuurlike vader (die opdraggewende man) nie enige ouerlike regte tov sy buite-egtelike kind het nie. Indien hy sodanige regte wil verkry, moet hy aansoek doen by die hof wat dan sal beslis of dit in die beste belang van die kind is dat sy vader ouerlike regte verkry.

<sup>85</sup> 82 van 1987.

<sup>86</sup> Dit is dan ook inderdaad die geval in Suid-Afrika waar die Wet op Menslike Weefsel 65 van 1983 bepaal dat die skenking van gamete toelaatbaar is in streng gekontroleerde omstandighede.

<sup>87</sup> Sien die artikel van Van Niekerk en Van Zyl 1995 *Med Law* 164-168 waar die skrywers hierdie argument van Page volledig uiteensit.

<sup>88</sup> Van Niekerk en Van Zyl 1995 *Med Law* 165 - mits dit gaan om gedeeltelike surrogaatmoederskap.

wat uit die gamete gebore word.<sup>89</sup> Dit is die verkeerde persepsie, omdat niemand eiendomsreg oor 'n ander kan hê nie - nie eens 'n ouer oor sy kind nie. Ouerlike gesag is nie gelyk aan eiendomsreg nie.<sup>90</sup>

## 2 1 4 7 Gevolgtrekking

Dit is dus duidelik uit bogenoemde dat kommersiële surrogaatmoederskap neerkom op handeldryf in kinders. Die argumente wat ter regverdiging van die teendeel geopper word, word oortuigend deur skrywers verwerp.

## 2 1 5 *Die uitbuiting van surrogaatmoeders*

In die konteks van arm vroue wat hulself beskikbaar stel om as surrogaatmoeders op te tree, bestaan die gevaar altyd dat hierdie vroue hulself blootstel aan misbruik en uitbuiting.<sup>91</sup> Die geld wat hierdie vroue potensieel kan ontvang stel soms 'n onbehoorlike metode van beïnvloeding daar om hulle te oorrede om iets te doen wat hulle normaalweg nie sou doen het nie.<sup>92</sup>

Daar bestaan die mening dat arm vroue die beste surrogaatmoeders sal wees, omdat hulle vanweë hul swak finansiële posisie nie geneig sal wees om die kind te hou nie.<sup>93</sup> 'n Bekende Amerikaanse prokureur op die gebied van surrogaatmoederskap, Noel Keane, erken dat vroue wat nie die geld nodig het nie, waarskynlik nie as surrogate sal optree nie.<sup>94</sup> Slegs by groot uitsondering sal 'n vrou bereid wees om deur die proses van swangerskap te gaan vir altruïstiese redes.<sup>95</sup>

---

<sup>89</sup> Van Niekerk en Van Zyl 1995 *Med Law* 166-167.

<sup>90</sup> Van Niekerk en Van Zyl 1995 *Med Law* 167.

<sup>91</sup> Charo *United States: Surrogacy* in McLean (red) *Law Reform and Human Reproduction* (1992) 257.

<sup>92</sup> Freeman *Surrogacy* 168 wys daarop dat daar nie voldoende navorsing gedoen is om werklik vas te stel wat die motivering van die surrogaat in die tipiese geval is nie.

<sup>93</sup> Rae *Ethics* 58.

<sup>94</sup> Keane soos aangehaal in Rae *Ethics* 58.

<sup>95</sup> Rae *Ethics* 57.



Die uitbuiting van Derde Wêreldse vroue is 'n werklike gevaar. John Sethura, President van die *Bionetics Foundation*, het aangedui dat sy firma hul soektog na surrogaatmoeders sal uitbrei na vroue uit die Derde Wêreld. Die rede vir hierdie besluit is dat dit geweldige kostebesparings tot gevolg sal hê. Hy huldig die volgende mening:<sup>96</sup>

"Often they're looking for a survival situation - something to do to pay for the rent and food. They come from underdeveloped countries where food is a serious issue."

Gevolgluk vra hierdie vroue net genoeg geld om te betaal vir kos en huisvesting.

As gevolg van die feit dat die oordrag van 'n embrio moontlik is, hoef hierdie vroue ook net 'n geskikte dieet te volg en moet hulle geen probleme hê wat die fetus in gevaar sal stel nie. Die feit dat hulle ander siektes of gebreke het, sal irrelevant wees.<sup>97</sup>

Dit is egter nie net vroue uit die Derde Wêreld wat hulself beskikbaar stel vir surrogaatmoederskap nie en die vraag kan in die algemeen gevra word of die meerderheid van die vroue wat so 'n kontrak sluit behoeftig is. As dit slegs die minderheid is, kan daar nie geargumenteer word dat geld altyd die vroue motiveer en hulle sodoende aan uitbuiting blootstel nie. Die vroue wat werklik die geld nodig het, sal die risiko van uitbuiting loop, maar vroue wat finansiëel welaf is sal die vermoë hê om op meer gelyke voet te onderhandel met die opdraggewende ouers en sodoende die gevaar dat hulle uitgebuit word, aansienlik verminder.

Die vraag is dus: wie is die surrogaatmoeder? Die finansiële posisie van die vrou is 'n groot faktor in haar besluit. In Australië het dit geblyk dat bykans die helfte van die aansoekers geskeide of enkellopende vroue was. Sommige van hulle het nie finansiële probleme ervaar nie, terwyl ander bitter arm was of gades gehad het met terminale siektes.<sup>98</sup> 'n Studie wat

---

<sup>96</sup> Sethura soos aangehaal in Rae *Ethics* 58.

<sup>97</sup> Rae *Ethics* 58.

<sup>98</sup> Rae *Ethics* 58.



in 1983 deur Parker gedoen is,<sup>99</sup> dui daarop dat nagenoeg 40% van applikante wat surrogaatmoeders wou wees, werkloos was of geleef het van welsynsfondse. Hieruit kan afgelei word dat 'n groot aantal surrogate arm vroue is. Hierdie statistieke moet egter nie lei tot die algehele verbanning van surrogasie nie, maar behoort eerder 'n aanmoediging aan die wetgewer te wees om die onderwerp behoorlik te reguleer.<sup>100</sup>

Uit ander navorsing blyk dit egter dat dit nie net finansiële redes is wat vrouens daartoe beweeg om surrogaatmoeders te word nie.<sup>101</sup> 'n Familielid of vriendin kan uit liefde vir 'n ander as surrogaat optree.<sup>102</sup> 'n Totale vreemdeling kan ook as surrogaat optree weens redes wat persoonlik van aard is. Sodanige redes kan insluit skuldgevoelens oor 'n aborsie wat die vrou in die verlede ondergaan het of die feit dat die vrou se gade nie in staat is om kinders te verwek nie en sy 'n behoefte ervaar om geboorte te skenk.<sup>103</sup> Vrouens stel hulle dus nie noodwendig bloot aan finansiële uitbuiting nie, omdat hul motief nie altyd finansiëel van aard is nie.

Die blote feit dat 'n ryk persoon 'n arm persoon betaal vir die dienste wat laasgenoemde lewer, beteken nie noodwendig dat die situasie *per se* uitbuitend is nie.<sup>104</sup> Dit sal afhang van die feite van die bepaalde geval of uitbuiting aanwesig is. Dit is denkbaar dat opdraggewende ouers die surrogaatmoeder bystaan deur die hele proses en haar meer as voldoende vergoed vir die dienste wat sy lewer, sonder om haar op enige manier uit te buit.

Die kern van kapitalisme is geleë in die dienste wat arm persone lewer aan ryk persone en om die blote feit dat hierdie diensverhouding bestaan af te maak as uitbuitend, negeer

---

<sup>99</sup> Parker "Motivation of Surrogate Mothers: Initial Findings" 1983 *Journal of Applied Psychiatry* 117 117.

<sup>100</sup> Mason *Medico-Legal Aspects* 229.

<sup>101</sup> Field *Surrogate Motherhood* 19-21.

<sup>102</sup> Clark "Surrogate Motherhood: Comment on the South African Law Commission's Report on Surrogate Motherhood (Project 65)" 1993 *SALJ* 769 776 wys daarop dat altruïstiese surrogaatmoederskap die risiko van emosionele eksploitasie inhou. Emosionele eksploitasie vind in hierdie omstandighede plaas sonder dat geld 'n rol speel. Die familielid of vriendin word onder druk geplaas om as surrogaat op te tree.

<sup>103</sup> Field *Surrogate Motherhood* 20. Field noem ook die geval waar die ginekoloog 'n swangerskap wou ervaar omdat sy gedink het dat dit haar 'n beter dokter sou maak.

<sup>104</sup> Rae *Ethics* 57.

kapitalisme.<sup>105</sup>

Feministe argumenteer dat selfs altruïstiese surrogasie uitbuitend kan wees vanweë die emosionele druk wat geplaas word op die surrogaat.<sup>106</sup> Aan die anderkant is daar die standpunt dat vrouens hul eie keuses kan maak en dat hulle nie noodwendig weerloos en onbekwaam word om in hul eie belang op te tree net omdat hulle finansieel nie welaf is nie.<sup>107</sup> Daar word ook skerp kritiek gelewer teen die idee dat vrouens beskerm moet word omdat hulle nie in staat is om rasonale besluite te maak wanneer kinders ter sprake is nie.<sup>108</sup> Lupton wys daarop dat die vrou 'n eie vrye wil het om self te besluit wat sy in haar beste belang ag,<sup>109</sup> en dan daarvolgens op te tree en die gevolge wat daaruit voortvloei te hanteer. Grondwetlik het die vrou ook die reg om self besluite te neem oor haar voortplanting.<sup>110</sup>

## 2 1 6 *Gevolgtrekking*

Uit bogenoemde blyk dit dat daar drie hoofargumente teen kommersiële surrogaatmoederskap is. Eerstens is bevind dat die betaling van die surrogaatmoeder vir meer as haar redelike uitgawes nie regverdigbaar is nie. Indien 'n letterlike interpretasie van artikel 24 van die Wet op Kindersorg<sup>111</sup> gevolg word, dek dit ook surrogaatmoederskap en kom betaling van die surrogaatmoeder neer op 'n oortreding van artikel 24.

Verder blyk dit ook dat kommersiële surrogaatmoederskap nie werklik verskil van die handeldryf in kinders wat die Wet op Kindersorg<sup>112</sup> wou dek nie. Daar is aangetoon dat die verskille tussen die verkoop van kinders op die swartmark en kommersiële

---

<sup>105</sup> Freeman *Surrogacy* 169. Sien ook Rae *Ethics* 57 wat argumenteer dat ons ekonomie gebou is op die verskaffing van dienste deur armes aan rykes en dat hierdie praktyk nie inherent uitbuitend is nie.

<sup>106</sup> Clark 1993 *SALJ* 769 776. Sien ook Rae *Ethics* 57.

<sup>107</sup> Rae *Ethics* 57.

<sup>108</sup> Charo *United States* 234.

<sup>109</sup> Lupton 1986 *TRW* 151.

<sup>110</sup> Wet 108 van 1966 a 12.

<sup>111</sup> 74 van 1983.

<sup>112</sup> 74 van 1983.



surrogaatmoederskap nie werklik relevant is nie en dat albei hierdie verskynsels onwenslik is.<sup>113</sup>

Tweedens is bewys dat die kind verlaag word tot die voorwerp van 'n kommersiële handelstransaksie. Die kind se menswaardigheid word ernstig geskend deurdat hy soos 'n slaaf gekoop word. Daar is bevind dat geen van die vier verdere argumente die aard van die transaksie kan regverdig of wegredeneer nie.

Derdens is dit ook duidelik dat die surrogaatmoeder blootgestel word aan geweldige finansiële uitbuiting deur die opdraggewende ouers en selfs derde partye soos agentskappe wat so 'n ooreenkoms reël. Veral Derde Wêreldse vroue is uiters vatbaar vir onbehoorlike finansiële beïnvloeding.

Die enigste manier om genoemde probleme te oorbrug, is om betaling van die surrogaatmoeder vir meer as haar redelike uitgawes te verbied.<sup>114</sup> Sodoende word die Wet op Kindersorg<sup>115</sup> nie geskend nie en kan kommersiële surrogaatmoederskap verbied word.

Die kind sal ook nie meer verlaag word tot 'n handelsartikel nie, omdat daar nie meer 'n kommersiële transaksie sal wees waarvan die kind die voorwerp vorm nie. Verder sal die surrogaatmoeder ook nie aan finansiële uitbuiting blootgestel word nie, omdat sy nie kan verwag om 'n wins uit die transaksie te maak nie. Sy sal dus slegs as surrogaatmoeder optree indien sy dit vir persoonlike of altruïstiese redes wil doen.

Daar word voorgestel dat 'n verbod soos dié bevat in die Konsepwetsontwerp op Surrogaatmoederskap die mees wenslike metode van regulering is.<sup>116</sup> Dit sou beteken dat nie net die oorhandiging van geld verbode is nie, maar ook die oorhandiging van enige ander vorm van vergoeding.<sup>117</sup> So 'n bepaling sou verhoed dat die bedoeling van die wet omseil

---

<sup>113</sup> Sien 9-16 *supra*.

<sup>114</sup> Sien kl 10 van die Konsepwetsontwerp op Surrogaatmoederskap.

<sup>115</sup> 74 van 1983.

<sup>116</sup> Sien kl 10 van die Konsepwetsontwerp op Surrogaatmoederskap.

<sup>117</sup> Kl 10(1).

word deur 'n ander vorm van vergoeding as geld aan te bied.

Indien 'n ooreenkoms vir enige vergoeding, anders as redelike vergoeding, onafdwingbaar gemaak word, sal dit waarskynlik persone ontmoedig om sodanige ooreenkomste aan te gaan.<sup>118</sup> Ten einde seker te maak dat die proses korrek verloop, is dit egter nodig om van professionele kundigheid gebruik te maak. Dit is daarom duidelik nodig om 'n uitsondering op bogenoemde reël te skep ten aansien van professionele dienste wat te goeder trou gelever is met die oog op bekragtiging van die ooreenkoms.<sup>119</sup>

## 2.2 'n Genetiese band

Vir sommige egpare<sup>120</sup> is surrogaatmoederskap die enigste manier om 'n kind te hê wat geneties verwant is aan ten minste een van hulle.<sup>121</sup> Indien hulle gelukkig is, sal dit moontlik wees om 'n kind te hê wat geneties aan hul albei verwant is.<sup>122</sup> Laasgenoemde sal die geval wees indien die opdraggewende vrou in staat is om eierselle te produseer wat vatbaar is vir bevrugting, maar sy nie self kan geboorte skenk nie.

Mits die opdraggewende ouers streng geëvalueer word, is dit moontlik dat daar tot 'n groot mate verseker kan word dat die kind na 'n liefdevolle huis gaan waar hy goed versorg sal word.<sup>123</sup>

---

<sup>118</sup> Kl 10(2).

<sup>119</sup> Kl 10(3).

<sup>120</sup> Waar die vrou nie in staat is om swanger te word of geboorte te skenk nie.

<sup>121</sup> Dit sal die geval wees waar die opdraggewende vrou nie in staat is om eierselle te produseer nie of dit wel produseer, maar dit nie vatbaar vir bevrugting is nie. Die opdraggewende man se sperm kan dan gebruik word om die surrogaatmoeder te bevrug.

<sup>122</sup> Dit behoort die bindingsproses waarskynlik te bespoedig. Sien in hierdie verband die SA Regskommissie *Verslag oor Surrogaatmoederskap* Projek 65 (1992) 20.

<sup>123</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 18-19.



## 2 3 Surrogaatmoederskap is meer voordelig as aanneming

### 2 3 1 *Inleiding*

Daar is definitiewe verskille tussen surrogaatmoederskap en aanneming. Die ooglopendste is dat die kind wat aangeneem word gewoonlik nie geneties verwant is aan sy aannemende ouers nie. Dit is waarskynlik een van die redes wat surrogaatmoederskap so aantreklik maak. Daar sal in hierdie afdeling op verdere verskille tussen die twee metodes van verkryging van ouerskap gefokus word.

### 2 3 2 *Aanneming as 'n tydrowende proses*

'n Nadeel van aanneming is die feit dat dit so 'n lang proses is. Die aannemende ouers moet gekeur word en daarna word hulle op 'n waglys geplaas. In die geval van surrogaatmoederskap hoef die opdraggewende ouers slegs nege maande vanaf bevrugting te wag voordat die kind gebore word.<sup>124</sup> Dit gee aan hulle 'n beter kans om voor te berei op die koms van die kind.

### 2 3 3 *Geskiktheid van die opdraggewende ouers*

Daar is huidiglik geen statutêre verpligting dat die opdraggewende ouers gekeur moet word om hul geskiktheid as ouers te bepaal nie.<sup>125</sup> Indien die dokter wat die kunsmatige bevrugting doen wel bewus is dat dit 'n surrogaatmoederskapsgeval is, kan hy waarskynlik weier om die prosedure uit te voer totdat hy van oordeel is dat die opdraggewende ouers geskikte persone is.<sup>126</sup> Dit is egter denkbaar dat opdraggewende ouers wat hulself voorheen teen so 'n muur vasgeloop het, 'n nuwe dokter om die bos sal lei en die surrogaatmoeder laat voorgee dat sy vir haarself die behandeling laat ondergaan met skenkerгамete.

---

<sup>124</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 19-20.

<sup>125</sup> Die Konsepwetsontwerp op Surrogaatmoederskap wat sodanige keuring wel vereis, is vanweë sy status nie afdwingbaar in die howe nie.

<sup>126</sup> Dit is onseker op watter gronde die dokter aldus kan weier. Waarskynlik is dit moontlik vir die opdraggewende ouers en die surrogaat om hom dmv 'n hofbevel te dwing tot optrede.

Aannemende ouers word egter wel gekeur ingevolge die bepalinge van die Wet op Kindersorg.<sup>127</sup> Hulle moet onder andere 'n goeie reputasie hê en geskik wees om die bewaring van die kind te aanvaar.<sup>128</sup> Sou die opdraggewende ouers nie aan hierdie vereistes kan voldoen nie, sal dit vir hulle makliker wees om 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms aan te gaan in terme waarvan hulle nie geëvalueer sal word nie.

#### 2 3 4 *'n Kind wat voldoen aan die vereistes van die opdraggewende ouers*

Daar is waarskynlik nie genoeg kinders beskikbaar vir aanneming wat aan die aannemende ouers se vereistes voldoen nie. Indien die opdraggewende ouers hul tot surrogaatmoederskap wend, is hulle ten minste seker dat die kind wat ouderdom en afkoms betref, sal voldoen aan hul verwagtinge.

#### 2 3 5 *'n Oplossing vir 'n reeds bestaande situasie*

'n Voordeel van aanneming bo surrogaatmoederskap is dat 'n kind wat alreeds in die lewe is 'n kans gegun word om na 'n geskikte en liefdevolle huis te gaan. In die geval van surrogaatmoederskap bestaan die kind nog nie wanneer die ooreenkoms gesluit word nie. Aanneming bied 'n oplossing vir 'n reeds bestaande situasie, omdat die kind, wat alreeds verwek of gebore is, ouers kry.<sup>129</sup>

Surrogaatmoederskap kan 'n probleemsituasie skep as gevolg van die moontlikheid dat die surrogaatmoeder nie bereid is om die kind te oorhandig nie. Die moontlikheid bestaan ook dat die kind dalk aan een of ander gebrek mag ly wat sal veroorsaak dat die opdraggewende ouers hom nie wil hê nie.<sup>130</sup> Deur die statutêre regulering van surrogaatmoederskap kan hierdie tipe probleme egter verminder word.

---

<sup>127</sup> A 18(4) van die Wet op Kindersorg 74 van 1983.

<sup>128</sup> A 18(4)(b).

<sup>129</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 20.

<sup>130</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 20.



### 2 3 6 *Diening van die gemeenskapsbelang*

Die gemeenskap se belang kan gedien word indien die opdraggewende ouers verhoed word om 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms aan te gaan. Daar is alreeds 'n groot aantal kinders wat ouerloos in die wêreld gebring word. Dit sal die gemeenskap se belang veel meer dien as hierdie kinders aangeneem word as wat daar nog 'n kind deur middel van surrogaatmoederskap gebore word.<sup>131</sup> Opdraggewende ouers kan egter argumenteer dat dit vir hulle baie meer beteken om 'n kind te hê wat biologies aan hulle verwant is, as om 'n kind aan te neem.<sup>132</sup>

Die opdraggewende ouers kan die standpunt inneem dat die gemeenskap nie van hulle kan verwag om kinders aan te neem, terwyl daar nie sodanige verwagtinge is van mense wat normaal kan voortplant nie. Dit is teenstrydig dat die gemeenskap die klem plaas op kinders wat aangeneem moet word, terwyl die gemeenskap en die staat self nie altyd die belange van kinders op die hart dra nie. Die staat verskaf slegs die minimum fondse aan behoeftige families om hul kinders mee te versorg en daar is ook nie voldoende tehuise beskikbaar waar mishandelde vrouens met hul kinders heen kan vlug nie - om net twee voorbeelde te noem.<sup>133</sup>

Daar sal altyd behoeftige kinders wees, ongeag wat die staat doen om hul in hul behoeftes te voorsien. Field noem dat die werklike vraag is of die belange van die opdraggewende ouers bo dié van reeds bestaande kinders, wat beskikbaar is vir aanneming, geplaas moet word.<sup>134</sup> Dit kom neer op 'n waarde-oordeel wat gefel moet word.

### 2 3 7 *Ondermyning van aanneming*

'n Argument wat teen surrogaatmoederskap geopper word, is dat dit die lank gevestigde aannemingsprosedures ondermyn.<sup>135</sup> Daar is ook al geargumenteer dat surrogaatmoederskap

---

<sup>131</sup> Field *Surrogate Motherhood* 55.

<sup>132</sup> Field *Surrogate Motherhood* 57.

<sup>133</sup> Field *Surrogate Motherhood* 57-58.

<sup>134</sup> Field *Surrogate Motherhood* 58.

<sup>135</sup> Mason *Medico-Legal Aspects* 233.

die praktyk van aanneming heeltemal kan laat verval<sup>136</sup> indien dit nie behoorlik gereguleer word nie. Die redes hiervoor is dieselfde as dié hierbo genoem, naamlik dat surrogaatmoederskap meer populêr is as gevolg van die tydselement teenwoordig in aanneming, die tekort aan kinders beskikbaar vir aanneming en die feit dat opdraggewende ouers nie huidiglik gekeur word nie.

## **2 4 Die gesinseenheid word nadelig geraak**

### **2 4 1 *Die surrogaat se gesin***

Die surrogaat se kinders kan emosionele verwarring en onsekerheid ervaar indien hulle sien dat hul ma swanger is en dat sy daarna die kind weggee.<sup>137</sup> Hulle kan dink dat hulle ook "weggegee" sal word. Hierdie tipe trauma moet ten alle koste vermy word, omdat dit duidelik nie in die beste belang van die kinders is nie.

Daar moet ook na die posisie van die surrogaat se man gekyk word. Indien hy nie ingelig is dat sy vrou as surrogaatmoeder gaan optree nie, kan dit daartoe lei dat hy weersinwekkende gevoelens teenoor sy vrou ervaar, wat sal lei tot 'n onaangename atmosfeer in die gesin en weereens sal die reeds bestaande kinders benadeel word. Indien daar nie kinders is nie, is dit denkbaar dat die surrogaat se optrede die huwelik kan laat verbrokkel.

As hy wel bewus was van die kunsmatige inseminasie en daartoe toegestem het, kan dit wees dat hy later probleme ontwikkel met die idee dat sy vrou swanger is met 'n ander man se kind. Weereens kan dit lei tot onwenslike konflik binne die huwelik en daar sal gepoog moet word om voor bevrugting vas te stel of die partye emosioneel geskik is om die situasie te hanteer.

Selfs die ander familieleden van die surrogaat kan probleme ondervind met die prosedure en die stabiliteit van die surrogaat se gesin in gedrang bring. So byvoorbeeld het die skoonouers

---

<sup>136</sup> Field *Surrogate Motherhood* 57.

<sup>137</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 25.



van 'n Amerikaanse surrogaatmoeder aangevoer dat sy nie 'n geskikte ouer is nie en het gedreig om die hof te nader ten einde haar eie twee kinders van haar te laat verwyder.<sup>138</sup>

#### 2 4 2 *Die opdraggewende ouers en hul kinders*

Dit moet seker wees dat die opdraggewende ouers se verhouding van so 'n aard is dat dit enige negatiewe gevolge kan hanteer wat uit die ooreenkoms voortvloei.<sup>139</sup> Waar die surrogaat besluit om die kind te hou of waar sy besluit om 'n aborsie te ondergaan, moet die opdraggewende ouers die gevolge kan hanteer en aanvaar.

Verder moet dit ook vasstaan dat die opdraggewende ouers werklik 'n kind wil hê en dat hulle nie van plan is om te skei voor die kind gebore word nie. In albei die gevalle kan die kind wat uit die ooreenkoms gebore word ernstig benadeel word.

Daar sal ook na die belange van die opdraggewende ouers se reeds bestaande kinders gekyk moet word. Sal hulle in staat wees om die kind wat gebore is te aanvaar of sal hulle te verward wees deur die aankoms van 'n kind waarmee hul moeder nie swanger was nie?

#### 2 4 3 *Bedreig surrogaatmoederskap die "gesin" as sosiale konsep?*

Tradisioneel word die gesin gesien as 'n man, 'n vrou en hul kinders wat uit hul gamete geskep is en deur die vrou gebaar is. Surrogaatmoederskap bevraagteken hierdie stand van sake deurdat die kind wat gebore word, nie noodwendig die produk is van die gamete van 'n egpaar nie en omdat die vrou nie self geboorte skenk aan die kind nie.

Die feit dat 'n egpaar nie kan kinders hê nie, kan 'n huwelik onherstelbaar laat verbrokkel. In hierdie opsig bied surrogaatmoederskap 'n manier om die gemeenskap se belang te bevorder deur 'n stabiele huwelik te vestig.<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> Field *Surrogate Motherhood* 33.

<sup>139</sup> Sielkundige evaluasie sal gebruik word om hierdie aspek te evalueer.

<sup>140</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 26.

Teenstanders van surrogaatmoederskap wys daarop dat dit onaanvaarbaar is om 'n derde party by 'n baie privaat aspek van die huwelik te betrek.<sup>141</sup> Hierdie argument kan nie gehandhaaf word nie, indien dit in gedagte gehou word dat die surrogaat nie werklik by die huweliksverhouding betrek word nie, maar slegs dienste lewer. Dit is nie die doel dat sy na geboorte van die kind steeds deel van die gesinsverhouding moet bly nie. In elk geval behoort surrogaatmoederskap nie so onaanvaarbaar te wees nie, indien dit die enigste manier is vir die partye om 'n kind te kry wat geneties aan hulle verwant is. Hulle behoort die geleentheid te hê om van hierdie prosedure gebruik te maak.

#### 2 4 4 *Gevolgtrekking*

Deur surrogaatmoederskap behoorlik te reguleer kan die kinders van die surrogaatmoeder en die opdraggewende ouers se kinders beskerm word teen enige benadeling. Dieselfde kan gedoen word vir die verhouding tussen die surrogaat en haar man en die verhouding van die opdraggewende ouers.

Dit is wat die Konsepwetsontwerp op Surrogaatmoederskap poog om te doen. In terme daarvan sal die hof net 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms bekragtig indien dit oortuig is dat die opdraggewende ouers geskikte persone is,<sup>142</sup> dat die surrogaat se eggenoot skriftelik tot die ooreenkoms toegestem het<sup>143</sup> en dat die nie-materiële belange van 'n kind van enige van die partye nie benadeel sal word deur die uitvoering van die ooreenkoms nie.<sup>144</sup>

Die kinders van die surrogaat en die opdraggewende ouers behoort ook nie emosionele verwarring en onsekerheid te ervaar nie, indien daar werklik na hul nie-materiële belange omgesien word. In hierdie opsig streef die konsepwetsontwerp die Grondwet<sup>145</sup> na deurdat dit die belange van die reeds bestaande kinders voorop plaas.<sup>146</sup>

---

<sup>141</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 26.

<sup>142</sup> Kl 6(1)(b)(ii).

<sup>143</sup> Kl 6(1)(d).

<sup>144</sup> Kl 6(1)(e).

<sup>145</sup> A 28(2) van wet 108 van 1996.

<sup>146</sup> Kl 6(1)(e).



Die tradisionele konsep van die gesin behoort ook nie skade aangedoen te word nie, indien behoorlike regulering plaasvind. Waar die surrogaat of haar man verwant is aan die opdraggewende ouers, is dit wenslik om 'n verbod te plaas op die gebruik van eersgenoemde partye se gamete. Sodoende kan die moontlikheid van die verwarring van die gesinstruktuur voorkom word.<sup>147</sup>

Soos reeds gesê kan surrogaatmoederskap ook die welstand van 'n kinderlose huwelik bevorder. Surrogaatmoederskap bring dus mee dat die gemeenskap se belang gedien word deur stabiele gesinne te vestig en ook die aantal gesinne wat bestaan te vermeerder.<sup>148</sup>

## 2 5 Relevansie van moraliteit in 'n praktiese situasie

Alhoewel dit maklik is om oor die moraliteit van surrogasie in 'n vakuum te argumenteer, is dit nie moontlik om dieselfde argumente te probeer opper waar die kind reeds gebore is nie. In sodanige gevalle is die enigste punt wat oorweeg moet word die beste belang van die kind. Ten einde dit vas te stel sal hoofsaaklik gekyk moet word na die bestaande posisie en watter reëlins in die beste belang van die kind sal wees.

In die saak *In re a Baby*<sup>149</sup> het die hof spesifiek beslis dat die moraliteit en aanvaarbaarheid van die ooreenkoms irrelevant is. Latey R het soos volg bevind:

"[A]ll that matters is what is best for her now that she is here and not how she arrived."<sup>150</sup>

Indien die Suid-Afrikaanse hof dus sou moes beslis oor die toekoms van 'n kind gebore uit 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms, word daar voorgestel dat dit die moraliteit van die ooreenkoms buite rekening laat en die situasie soos enige ander geskil oor ouerskap hanteer.

<sup>147</sup> Sien bv kl 5(2) van die SA Regskommissie se Voorgestelde Wetsontwerp op Surrogaatmoederskap.  
<sup>148</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 26.

<sup>149</sup> Sub nom *Re C (a Minor)* [1985] 2 FLR 846.

<sup>150</sup> 848.

## 2 6 Gevolgtrekking

Kleegan en Kaufman<sup>151</sup> stel die volgende:

"Any change in custom or practice [has] always elicited a response from established custom and law of horrified negation at first; then negation without horror; then slow and gradual curiosity, study, evaluation, and finally a very slow but steady acceptance."

Surrogaatmoederskap is so 'n praktyk en dit is daarom nie vreemd dat die gemeenskap in sekere gevalle so sterk gekant is daarteen nie. Dit is waarskynlik dat die gemeenskap sal begin om surrogaatmoederskap aanvaarbaar te vind indien dit meer voorkom, goed gereguleer word en die gemeenskap beter opgevoed word oor die voordele en implikasies daarvan.

Die morele probleme wat in hierdie hoofstuk aangespreek is, kan tot 'n groot mate vermy word deur die behoorlike regulering van surrogaatmoederskap. Dit sal daarop neerkom dat die wetgewer 'n wet sal moet skryf wat die praktyk omvattend dek. Ten spyte van enige sodanige statutêre maatreëls wat getref word, sal 'n praktiese situasie, wat nie binne die bestek van die wet val nie, benader moet word uit die oogpunt van wat in die beste belang van die kind sal wees.

## 3 SOSIALE ASPEKTE

Daar is verskeie sosiale aspekte verbonde aan surrogaatmoederskap. Die vraag of surrogaatmoederskap die sosiale konsep van die gesin skade aandoen, is reeds as 'n morele oorweging bespreek.<sup>152</sup> Ander sosiale oorwegings word hieronder volledig bespreek.

---

<sup>151</sup> Freeman *Surrogacy* 164.

<sup>152</sup> Sien 30-31 *supra*.



### 3 1 Wie is 'n ouer?

#### 3 1 1 Inleiding

Hierdie vraag is meer kompleks as wat dit op die oog af mag lyk, want in die geval van surrogaatmoederskap is daar potensieel ses ouers by die ooreenkoms betrokke. Dit kan die opdraggewende ouers wees, die surrogaatmoeder (en indien sy getroud is, haar eggenoot) en die gameetskenkers. Dit sal nie noodwendig die geval wees in elke surrogaatmoederskaps-ooreenkoms nie, omdat dit denkbaar is dat die rolle van bogenoemde persone kan oorvleuel.<sup>153</sup>

Die sosiale konsep van 'n ouer en die regs konsep van 'n ouer oorvleuel nie noodwendig nie.<sup>154</sup> Die genetiese verhouding tussen ouer en kind is op die biologiese band tussen hulle gebaseer, terwyl die regsverhouding fokus op die regte en verpligtinge tussen ouer en kind. Laasgenoemde word ook ouerlike gesag of natuurlike voogdy genoem.<sup>155</sup>

Verder skep die gemenerereg vermoedens oor ouerskap wat nie noodwendig deur die samelewing in 'n bepaalde situasie aanvaar word nie.<sup>156</sup> So is dit menige male die geval dat 'n man vir jare na sy buite-egtelike kind omsien en dan die kind verloor wanneer die biologiese moeder opdaag en die kind terugneem. Regtens het die man geen ouerlike gesag nie<sup>157</sup> en kan hy nie sy kind terugneem van die moeder nie. Sosiaal mag hy wel die vader wees en dit is waarskynlik hoe die gemeenskap en die kind self die situasie beskou het, maar

<sup>153</sup> Om die punt te illustreer kan die volgende voorbeeld genoem word: waar die gameetskenkers die opdraggewende ouers of die surrogaatmoeder en haar man is, sal daar slegs vier potensieel ouers wees.

<sup>154</sup> Pretorius *Surrogate Motherhood* 276.

<sup>155</sup> Pretorius *Surrogate Motherhood* 276.

<sup>156</sup> Die *pater est quem nuptiae demonstrant*-stelreël bepaal dat die vader van die kind die man is met wie die vrou getroud is, terwyl die kind in der waarheid 'n ander man s'n kan wees. Die gemeenskap mag bewus wees van die buite-egtelikheid van die kind en aanvaar dat die eggenoot nie die vader is nie. In die geval van surrogaatmoederskap werk die *mater semper certa est*-stelreël nie, omdat die stelreël bepaal dat die moeder altyd seker is. Dit sou beteken dat die moeder die vrou is wat geboorte skenk, maar dit is juis nie die bedoeling by surrogaatmoederskap nie. Waar die gemeenskap nie bewus is van die surrogaatooreenkoms nie, mag die opdraggewende vrou as die moeder beskou word.

<sup>157</sup> Dit was die geval in die gemenerereg. Die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-Egtelike Kinders 86 van 1997 wat huidiglik die posisie reël, bevestig die gemenerereg. Die effek van die wet is dat die vader die hof sal moet nader om ouerlike regte te bekom. Die hof sal sodanige regte net toestaan indien dit van mening is dat dit in die beste belang van die kind sal wees.



dit het nie regtens enige betekenis nie.

Die vraag wat nou gevra moet word, is welke van hierdie ses partye regtens as ouers erken moet word, want dit is duidelik dat die term "ouer" nie die gewone betekenis kan dra nie. Die effek van die onderskeie toepaslike wette en die gemenereg sal nie in besonderhede hier bespreek word nie.<sup>158</sup>

### 3 1 2 'n Definisie van 'n "ouer" en 'n "gesin" in die een-en-twintigste eeu

Dit is duidelik dat die konsep van die gesin nie meer beperk kan word tot die vrugbare man, sy vrugbare vrou en hul genetiese kinders nie.<sup>159</sup> Lupton stel voor dat die definisie aangepas word na een waar die konsep van die gesin gebaseer is op 'n konsensuele eenheid bestaande uit een man wat getroud is met een vrou. Die man en vrou kom dan ooreen om kinders te hê en groot te maak, om hulself en die kinders as 'n gesin te beskou en om mekaar materieel en emosioneel te ondersteun, ongeag die bestaan van genetiese verwantskap.<sup>160</sup>

Hierdie definisie van Lupton, wat in 1985 geformuleer is, is ook nie meer aanvaarbaar in die lig van die Grondwet nie.<sup>161</sup> Die definisie sal nou uitgebrei moet word om in die lig van die gelykheidsklousule<sup>162</sup> ook homoseksuele persone in te sluit wat nie getroud is nie, sowel as enkellopende persone wat graag kinders wil hê.<sup>163</sup> 'n Definisie wat grondwetlik regverdigbaar sal wees sal dan moontlik soos volg kan lui: 'n Gesin is 'n eenheid wat op konsensus gebaseer is, bestaande uit een persoon of twee persone wat ooreenkom om kinders te hê en groot te maak, om hom-/haar-/hulself en die kinders as 'n gesin te beskou en om mekaar materieel en emosioneel te ondersteun, ongeag of die ouer(s) geneties verwant is aan die

---

<sup>158</sup> Dit sal in hfst 3 gedoen word.

<sup>159</sup> Lupton "The Status of Children Born by Artificial Insemination in South African Law" 1985 *TSAR* 277-278.

<sup>160</sup> Lupton 1985 *TSAR* 278-279.

<sup>161</sup> 108 van 1996.

<sup>162</sup> A 9.

<sup>163</sup> Enkellopende vroue kan ook nou kunsmatiglik bevrug word. Reg 8(1) van die regulasies uitgevaardig itv die Wet op Menslike Weefsel 65 van 1983, GK R 1182 in *SK* 10283 van 1986-06-20 het dit vereis, maar is nou geskrap deur GK R 1354 in *SK* 18362 van 1997-10-17.



kinders.<sup>164</sup>

Dit is dus duidelik uit die voorafgaande dat bloedverwantskap nie meer die enigste oorweging is vir die bepaling van ouerskap nie.<sup>165</sup> Die vraag na wie regtens 'n ouer is, sal beantwoord moet word na aanleiding van genetiese verwantskap of na aanleiding van die omstandighede by die kind se geboorte.<sup>166</sup>

### 3 1 3 Die surrogaatmoeder en haar eggenoot

In die gemenereg bestaan die stelreël *mater semper certa est*.<sup>167</sup> Dit beteken dat die vrou wat geboorte skenk aan die kind regtens as die kind se moeder erken word.<sup>168</sup> Dit is egter duidelik dat hierdie stelreël nie sondermeer toegepas kan word nie. Die mediese tegnologie het so vooruit gegaan dat dit nou moontlik is vir 'n vrou om geboorte te skenk aan 'n kind wat nie geneties haar eie is nie.

In die geval van surrogaatmoederskap is dit die bedoeling van die partye wanneer die ooreenkoms gesluit word dat die surrogaat nie die regtens erkende moeder van die kind moet wees nie. Die Suid-Afrikaanse Reg<sup>169</sup> gee egter nie op hede uitvoering aan so 'n bedoeling nie, met die gevolg dat die surrogaatmoeder die moeder van die kind sal wees.

In die geval van die getroude vrou geld die gemeenregtelike stelreël *pater est quem nuptiae demonstrant*.<sup>170</sup> Dit het die gevolg dat die man met wie die vrou getroud is regtens as die vader van die kind erken word.<sup>171</sup> Hierdie vermoede is weerlegbaar omdat die moontlikheid

<sup>164</sup> Indien hierdie definisie die inheemse reg sou insluit sou daar voorsiening gemaak moet word daarvoor dat een man meerdere vrouens mag hê en een vrou meerdere mans. Die inheemse reg sal in hfst 7 aandag geniet.

<sup>165</sup> Boulton "The Need to Define the Terms 'Parent' and 'Parenthood'" (1990) *Med Law* 1028 1028.

<sup>166</sup> Lupton 1985 *TSAR* 292.

<sup>167</sup> Hierdie stelreël sal volledig in hfst 3 bespreek word.

<sup>168</sup> A 5(2) van die Wet op die Status van Kinders 82 van 1987 het dieselfde gevolg.

<sup>169</sup> Tav van die getroude surrogaat sal die *mater semper certa est*-stelreël, sowel as a 5(1)(a) van die Wet op die Status van Kinders 82 van 1987 die effek hê dat sy as die moeder van die kind gesien word deur die reg. Tav van die ongetroude vrou sal die *mater semper certa est*-stelreël bepaal dat sy die regtens erkende moeder is.

<sup>170</sup> Hierdie stelreël sal volledig in hfst 3 bespreek word.

<sup>171</sup> Hiemstra en Gonin *Woordeboek* 253.

bestaan dat die vrou se gade nie die genetiese ouer van die kind is nie.<sup>172</sup>

Artikel 5(1) van die Wet op Status van Kinders<sup>173</sup> bevestig die *pater est*-stelreël statutêr. Dit bepaal naamlik dat die gades beskou word as die wettige ouers van die kind wat gebore is uit daardie vrou, ongeag die feit dat die kind verwek is uit gamete van iemand anders. Die toestemming van albei gades is nodig voor die kunsmatige bevrugting kan plaasvind.

Die effek van die stelreël en die wet is dat die gade van die surrogaatmoeder as die regtens erkende ouer van die kind bekend sal staan. Weereens is dit duidelik nie die bedoeling van die partye tot die surrogaatmoederskapsooreenkoms nie, maar dit is die effek wat deur die reg teweeggebring word.

### 3 1 4 *Die ongetroude surrogaatmoeder*

In die geval van die ongetroude surrogaatmoeder geld die stelreël *mater semper certa est* net soos in die geval van die getroude surrogaatmoeder, met die gevolg dat die surrogaat regtens as die moeder van die kind beskou word. Indien die surrogaat op kunsmatige wyse bevrug is, bepaal artikel 5(2) van die Wet op die Status van Kinders<sup>174</sup> dat die gameetskenker geen regte en verpligtinge teenoor die kind, wat verwek word, verkry nie. Sou die opdraggewende vrou dus haar eiersel aan die surrogaatmoeder beskikbaar gestel het, sal eersgenoemde steeds nie regtens as die moeder van die kind beskou word nie.

In die geval van die ongetroude vrou geld die *pater est*-stelreël nie. Die Wet op die Status van Kinders<sup>175</sup> sal van toepassing wees indien die vrou kunsmatiglik geïnsemineer is met skenker gamete. Die effek van die wet sal wees dat die kind regtens geen vader het nie, omdat daar in artikel 5(2) bepaal word dat die skenker alle regte en verpligtinge verloor teenoor die kind wat verwek word.

---

<sup>172</sup> Pretorius *Surrogate Motherhood* 294.

<sup>173</sup> 82 van 1987.

<sup>174</sup> 82 van 1987.

<sup>175</sup> A 5(2) van wet 82 van 1987.



Die kind sal dus nie eens die skenker se buite-egtelike kind wees nie. Die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-Egtelike Kinders<sup>176</sup> bevestig hierdie posisie deur in artikel 1 'n "natuurlike vader" op die volgende wyse te omskryf:

"[N]ie ook 'n manlike persoon wie se verwantskap met die kind bestaan bloot omdat hy 'n gameetskenker was by kunsmatige bevrugting van 'n persoon [w]aarby daardie kind verwek is, by ontstentenis van 'n voorafgaande liefdesverhouding tussen die natuurlike ouers nie."

Die wet laat dus ruimte vir die feit dat 'n man 'n gameet kan skenk aan 'n vrou met wie hy in 'n liefdesverhouding betrokke is en dat hulle dan bedoel het dat hy erken moet word as die natuurlike vader van die kind. Die wet gee met ander woorde uiting aan die bedoeling van die partye.

In die surrogaatmoederskapsgeval is dit egter onwaarskynlik dat die opdraggewende man, wat sy gamete skenk, in 'n voorafgaande liefdesverhouding met die surrogaat betrokke sal wees. Gevolglik is daar regtens geen ouerlike band tussen die opdraggewende vader en die kind nie.

Hierdie twee wette het tot gevolg dat die kind regtens geen vader het nie. Dit is egter nie onaanvaarbaar nie indien ingedagte gehou word dat hierdie wette nie geskryf is met die oog op surrogaatmoederskap nie. Indien dit nie 'n surrogaatmoederskapsgeval is nie, is die gevolge presies dit wat 'n enkellopende vrou, wat kunsmatiglik geïnsemineer is, sou wou hê.

### 3 1 5 *Die opdraggewende ouers*

Soos afgelei kan word uit die bespreking van die getroude surrogaatmoeder en haar man, die ongetroude surrogaatmoeder en die opdraggewende ouers, word die opdraggewende ouers tans nie regtens as die ouers van die kind gereken nie. Die enigste wyse waarop hulle ouerlike gesagsbevoegdheid kan bekom is deur die kind aan te neem.

---

<sup>176</sup>

86 van 1997.

### 3 1 6 *Die gameetskenker(s)*

Artikel 5(2) van die Wet op die Status van Kinders bepaal dat die gameetskenker alle regte en verpligtinge teenoor die kind verloor. Selfs al sou die gameetskenker en die opdraggewende ouer dieselfde persoon wees, sal hy geen ouerlike gesagsbevoegdhede op grond van sy status as gameetskenker kan verkry nie.<sup>177</sup>

### 3 1 7 *Die bedoeling van die partye teenoor die beste belang van die kind<sup>178</sup> as bepalende faktor*

In die Amerikaanse hofsak *Johnson v Calvert*<sup>179</sup> was die Kaliforniese Hooggeregshof verdeel ten opsigte van die vraag of die bedoeling van die partye of die beste belang van die kind die deurslaggewende faktor moes wees by bepaling van die identiteit van die regtens erkende moeder.

Die regspraak in die betrokke saak was as volg: wie is die regtens erkende moeder van 'n kind waar 'n vrou haar bevrugte eiersel aan 'n ander vrou verskaf en laasgenoemde dan aan die kind geboorte skenk?<sup>180</sup>

Die feite van die saak was kortliks as volg:<sup>181</sup> Anna Johnson het ingestem om as surrogaatmoeder vir die Calvert egpaar op te tree, omdat Crispina Calvert 'n histerektomie ondergaan het, maar steeds eierselle geproduseer het. Daar is ooreengekom om Anna \$10 000 te betaal. Die laaste paaient sou ses weke na geboorte betaal word. Vroeg in 1990 het Anna swanger geraak.

Die verhouding tussen die partye het verswak toe die Calverts uitgevind het dat Anna al verskeie miskrame gehad het. Verder het Anna gevoel dat die Calverts nie alles binne hul

---

<sup>177</sup> Sien 19 *supra*.

<sup>178</sup> Die inhoud van die beste belang van die kind maatstaf sal in hfst 5 bespreek word.

<sup>179</sup> 851 P 2d 776 (1993).

<sup>180</sup> Morgan "A Surrogacy Issue: Who is the Other Mother?" 1994 *International Journal of Law and the Family* 386 386.

<sup>181</sup> Morgan 1994 *International Journal of Law and the Family* 398.



vermoë gedoen het om lewensversekering te bekom nie.

Anna het ook komplikasies met die geboorte gehad en gevoel dat die Calverts haar nie voldoende ondersteun nie. As gevolg hiervan het Anna geëis dat die Calverts die balans van die \$10 000 voortydig betaal. Die opdraggewende ouers doen toe aansoek om 'n verklarende bevel dat hulle regtens die ouers van die kind is. Anna het daarop besluit om 'n verklarende bevel te verkry dat sy regtens die kind se moeder is.

Die meerderheid van die hof het verkies om te steun op die bedoeling van die partye en het bevind dat die vrou wat bedoel het om voort te plant die natuurlike moeder ingevolge die Kaliforniese reg is. Die opdraggewende moeder sal dan die regtens erkende moeder wees, omdat die surrogaatmoeder nie bevrug sou word indien sy haar bedoeling bekend gemaak het dat sy die moeder wou wees nie.<sup>182</sup> Verder het die opdraggewende ouers in die saak nooit bedoel om die gamete te "skenk" aan die surrogaat nie.<sup>183</sup> Hulle het dit net aan haar beskikbaar gestel sodat sy bevrug kon word.

Die meerderheid van die hof wou nie beslis oor die beste belang van die kind nie, omdat dit van mening was dat dit daartoe sal lei dat die staat inmeng in die privaatheid van die partye en dat dit tweedens sal lei tot die verwarring tussen ouerskap en bewaring.<sup>184</sup>

Die minderheid het die bedoeling van die partye argument verwerp en eerder op die beste belang van die kind gefokus.<sup>185</sup> Daarvolgens is die regtens erkende ouer die persoon wat die sosiale verantwoordelikhede en die verantwoordelikhede wat die reg op 'n ouer plaas die beste kan vervul.<sup>186</sup>

Bogenoemde twee benaderings kan met groot vrug aangewend word en regverdig verdere oorweging.

---

<sup>182</sup> Morgan 1994 *International Journal of Law and the Family* 392.

<sup>183</sup> Morgan 1994 *International Journal of Law and the Family* 395.

<sup>184</sup> Morgan 1994 *International Journal of Law and the Family* 394.

<sup>185</sup> Sien 3 1 7 1 *infra* vir 'n bespreking van die hof se redenasie om tot hierdie gevolgtrekking te kom. Morgan 1994 *International Journal of Law and the Family* 394-395.

<sup>186</sup> Morgan 1994 *International Journal of Law and the Family* 395.

### 3 1 7 1 Watter faktor is verkieslik?

Indien daar 'n keuse uitgeoefen moet word tussen die meerderheids- en die minderheidsuitspraak, sal laasgenoemde as verkieslik beskou moet word en wel om die volgende redes.

Kennard R, wat die minderheidsuitspraak geskryf het, het die meerderheid van die hof skerp gekritiseer vir die feit dat hulle op die bedoeling van die partye gesteun het om tot hul gevolgtrekking te kom. Kennard R het die volgende punte van kritiek genoem en 'n verdere argument bespreek wat die meerderheid nie bespreek het nie.<sup>187</sup>

Eerstens was die regter besorgd oor die feit dat 'n standaard gebruik word wat normaalweg in die kontraktereg, deliktereg en die immateriële goederereg tuis hoort. Volgens sy mening behoort die beste belang maatstaf van die familiereg gebruik te word, omdat die bedoeling van die partye nie noodwendig daartoe aanleiding gee dat die beste belang van die kind gedien word nie.<sup>188</sup>

Nog 'n punt van kritiek was gemik teen die afdwinging van surrogaatmoederskapskontrakte, aangesien hoewel nie ten gunste is daarvan om persoonlike kontrakte af te dwing nie.<sup>189</sup>

Kennard R was van mening dat die bedoeling van die partye benadering nie altyd die beste belang van die kind sal dien nie.<sup>190</sup> Kennard R wys daarop dat die opdraggewende ouers, wat volgens die bedoeling van die partye die regtens erkende ouers is, verslaaf kan wees aan gewoontevormende middels of dat hul omstandighede gedurende die surrogaat se swangerskap aansienlik kan verander tot nadeel van die kind. Aan die ander kant kan die surrogaatmoeder 'n uiters geskikte en bevoegde ouer wees wat beter vir die kind sal kan sorg. Die gevolg hiervan is dat die bedoeling van die partye nie die beste belang van die kind sal dien nie.<sup>191</sup>

---

<sup>187</sup> Morgan 1994 *International Journal of Law and the Family* 395-396.

<sup>188</sup> Morgan 1994 *International Journal of Law and the Family* 395.

<sup>189</sup> Morgan 1994 *International Journal of Law and the Family* 396.

<sup>190</sup> Morgan 1994 *International Journal of Law and the Family* 396.

<sup>191</sup> Morgan 1994 *International Journal of Law and the Family* 396.



Die Regter het ook die volgende argument genoem wat teen die bedoeling van die partye toets geopper kan word. Die regter stel dit dat so 'n toets nie die posisie van die surrogaatmoeder in ag neem nie en dat dit altyd 'n voorafbepaalde resultaat tot gevolg sal hê.<sup>192</sup> Dit beteken met ander woorde dat die toets nie in ag neem dat die feite van elke bepaalde geval kan verskil nie. Die feite sal bepaal wat telkens in die beste belang van die kind sal wees.

Uit bogenoemde is dit dus duidelik dat daar legitieme kritiek is teen die toepassing van die bedoeling van die partye maatstaf. In Suid-Afrika bepaal die Grondwet<sup>193</sup> verder dat die kind se beste belang die deurslaggewende faktor is in alle aangeleenthede wat die kind raak.<sup>194</sup> Daar kan dus met reg aangevoer word dat die toepassing van die bedoeling van die partye aan hierdie grondwetlike oorweging getoets sal moet word. Maar bo en behalwe hierdie punt is dit uit Kennard R se kritiek duidelik dat hierdie toets glad nie die omstandighede van 'n bepaalde geval in ag neem nie. Dit neem bloot aan dat die toepassing van die bedoeling van die partye altyd aanleiding sal gee daartoe dat die beste belang van die kind gedien word. Uit die voorbeeld van die dwelmverslaafde opdraggewende ouers is dit duidelik nie die geval nie.<sup>195</sup>

Indien die Konsepwetsontwerp op Surrogaatmoederskap ontleed word, blyk dit dat hierdie wet poog om uiting aan die beste belang van die kind en die bedoeling van die partye te gee. Dit word bereik deur die vereiste dat die hof die ooreenkoms bekragtig voordat voortgegaan mag word met die kunsmatige bevrugting van die surrogaatmoeder.<sup>196</sup>

Die Konsepwetsontwerp neem die beste belang van die kind in ag deur die volgende vereiste ten opsigte van die opdraggewende ouers te stel:

"[Dat hulle] in alle opsigte geskikte persone is om die ouerskap van die kind

---

<sup>192</sup> Morgan 1994 *International Journal of Law and the Family* 396.

<sup>193</sup> 108 van 1996.

<sup>194</sup> A 28(2).

<sup>195</sup> Morgan 1994 *International Journal of Law and the Family* 396.

<sup>196</sup> K1 2(d).

wat verwek staan te word, te aanvaar."<sup>197</sup>

Die volgende vereiste word ten opsigte van die surrogaatmoeder gestel:

"[Dat sy] in alle opsigte 'n geskikte persoon is om as surrogaatmoeder op te tree."<sup>198</sup>

Die hof sal nie die ooreenkoms bekragtig voordat dit nie van bogenoemde oortuig is nie.<sup>199</sup> Dit sal die moontlikheid dat daar probleme gedurende swangerskap ontstaan wat die kind se belange kan benadeel, aansienlik verminder. Verder gee dit ook uiting aan die bedoeling van die partye omdat die opdraggewende ouers die regtens erkende ouers van die kind word.<sup>200</sup>

Ten slotte kan daar weer na *Latey R* se aanhaling verwys word.<sup>201</sup> Hy is van mening dat dit nie belangrik is op watter manier die kind in die wêreld gebring is nie. Al wat volgens hom belangrik is, is wat die beste is vir die kind nou dat hy hier is.

### 3 2 Surrogaatmoederskap vir gerief

Die erkenning van surrogaatmoederskap vir gerief sal inhou dat persone van surrogaatmoederskap gebruik kan maak ten spyte van die feit dat die vrou daartoe in staat is om op die natuurlike wyse swanger te word en geboorte te skenk.<sup>202</sup> Dit sou beteken dat 'n vrou wat weens haar loopbaanverpligtinge nie die tyd het om swanger te wees nie, of vanweë die aard van haar werk nie kan bekostig om haar postuur te verloor nie, van surrogaatmoederskap gebruik kan maak.<sup>203</sup> Selfs 'n vrou wat dit onwenslik vind om deur die geboorteproses te gaan, sal van surrogaatmoederskap gebruik kan maak.<sup>204</sup>

---

<sup>197</sup> K1 6(1)(b)(ii).

<sup>198</sup> K1 6(1)(c)(ii).

<sup>199</sup> K1 6.

<sup>200</sup> K1 8(1)(a).

<sup>201</sup> Mason *Medico-Legal Aspects* 234.

<sup>202</sup> Field *Surrogate Motherhood* 6.

<sup>203</sup> Field *Surrogate Motherhood* 30.

<sup>204</sup> Field *Surrogate Motherhood* 30.



*Slippery slopes* argumente kan ook hier ter sprake kom. 'n Man kan byvoorbeeld 'n ander vrou as sy eie gebruik om sy kinders te baar, bloot omdat sy beter genetiese kwaliteite het as sy eie (vrugbare) vrou.<sup>205</sup> Verder kan dit vir die werkgewer moontlik wees om van sy vroulike werknemers te verwag om van surrogaatmoederskap gebruik te maak eerder as om self swanger te raak. Dit sou die werkgewer bevoordeel, omdat hy nie die werknemer vir 'n sekere tydperk sal verloor nie. Dit sou ook die werknemer bevoordeel omdat sy nie haar loopbaan sal hoef op te skort vir die duur van die swangerskap nie.<sup>206</sup> Ter aansporing van so 'n reëling kan die werkgewer mediese voordele aan die werknemer bied indien sy 'n surrogaat sou gebruik, maar haar swangerskapsverlof weier.<sup>207</sup>

Die term onvrugbaarheid sal gedefinieer moet word, indien surrogaatmoederskap net toeganklik is vir vrouens met vrugbaarheidsprobleme. Onvrugbaarheid sal insluit die gevalle waar 'n vrou weens mediese redes nie instaat is om geboorte te skenk nie, alhoewel sy vrugbaar is. Die definisie sal ook gevalle waar die vrou genetiese afwykings het wat die kind kan benadeel of waar sy om mediese redes nie swanger mag wees nie, insluit.<sup>208</sup> Vrouens wat te oud is om swanger te raak sal waarskynlik nie deur medici as onvrugbaar geklassifiseer word nie.

Dit is waarskynlik nie moreel aanvaarbaar om van surrogaatmoederskap gebruik te maak indien die vrou instaat is om self geboorte te skenk nie.<sup>209</sup> Selfs waar sy nie eierselle produseer nie, kan daar steeds van kunsmatige bevrugting gebruik gemaak word om haar swangerskap te verseker.<sup>210</sup> Indien die vrou in hierdie omstandighede toegelaat word om van surrogaatmoederskap gebruik te maak, kry die transaksie weer die kleur van handeldryf in kinders, selfs al word die surrogaat nie vergoed vir meer as haar redelike uitgawes nie. Dit is omdat sy self 'n kind kan baar, maar eerder van 'n ander vrou gebruik sal maak om 'n kind te bekom. In so 'n situasie behoort die vrou eerder 'n kind aan te neem, aangesien

---

<sup>205</sup> Freeman *Surrogacy* 173.

<sup>206</sup> Field *Surrogate Motherhood* 30-31.

<sup>207</sup> Field *Surrogate Motherhood* 31. So 'n ooreenkoms sal waarskynlik strydig wees met die Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997, die Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995 en a 12(2) van die Grondwet.

<sup>208</sup> Field *Surrogate Motherhood* 60.

<sup>209</sup> Die grondwetlikheid van so 'n benadering sal in hfst 5 bespreek word.

<sup>210</sup> Die kernvraag is dus of die vrou in staat is om self geboorte te skenk en nie of sy vrugbaar is nie.

sy wel 'n kind wat geneties haar eie is, op die "natuurlike" wyse kan verkry, maar nie kans sien om deur die proses te gaan nie. Dit is onwaarskynlik dat daar dieselfde mate van simpatie vir so 'n vrou sal wees as wat daar is vir 'n vrou wat nie geboorte kan skenk nie.

### 3 3 Gevolgtrekking

Die probleme wat in hierdie afdeling bespreek is, kan deur middel van wetgewing aangespreek word.

In die eerste plek kan die onsekerheid rondom die identiteit van die regtens erkende ouer opgelos word deur dit ingevolge wetgewing vas te stel. So kan 'n bepaling soos dié in die Konsepwetsontwerp op Surrogaatmoederskap<sup>211</sup> in wetgewing ingevoer word. Die Konsepwetsontwerp op Surrogaatmoederskap bepaal dat die opdraggewende ouers die regtens erkende ouers sal wees.<sup>212</sup>

Tweedens is dit duidelik dat surrogaatmoederskap vir gerief nie aanvaarbaar is nie.<sup>213</sup> Hierdie praktyk sal deur middel van wetgewing tot 'n groot mate verhoed kan word. Dit sal steeds kan gebeur dat partye heimlik so 'n ooreenkoms aangaan, maar waarskynlik sal daar nie veel vroue wees wat bereid sal wees om op so 'n wyse as surrogaat op te tree nie.<sup>214</sup>

---

<sup>211</sup> K1 8(1)(a).

<sup>212</sup> K1 8(1)(a).

<sup>213</sup> Die grondwetlikheid van 'n bepaling wat surrogaatmoederskap vir gerief verbied, sal in hfst 5 aangespreek word.

<sup>214</sup> Veral as die praktyk in terme van 'n wet as 'n misdaad aangemerkt word.



## HOOFSTUK DRIE

### DIE BESTAANDE REGSPOSISIE: WETGEWING

#### 1 INLEIDING

In hierdie hoofstuk sal die Suid-Afrikaanse wetgewing wat 'n invloed op surrogaatmoederskap het bestudeer word. Daar sal slegs op die bepalings van die relevante wetgewing wat 'n probleem skep vir surrogaatmoederskap gefokus word. Daar is vier wette wat in hierdie verband 'n rol speel.<sup>1</sup> Dit is die Wet op Menslike Weefsel<sup>2</sup> en die regulasies<sup>3</sup> daarkragtens uitgevaardig, die Wet op Kindersorg,<sup>4</sup> die Wet op die Status van Kinders<sup>5</sup> en die Wet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes.<sup>6</sup>

Die kernprobleem met die bestaande wetgewing, is dat dit nie geskryf is met die oog op surrogaatmoederskap nie, maar dit tog wel indirek beïnvloed.<sup>7</sup> Daar sal eerstens op die probleme wat hierdie situasie skep gefokus word en tweedens sal daar gepoog word om oplossings te vind vir hierdie probleme.

---

<sup>1</sup> Die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-Egtelike Kinders 86 van 1997 sal nie in hierdie verband 'n rol speel nie. Die rede hiervoor is dat a 5(2) van die Wet op die Status van Kinders 82 van 1987 bepaal dat die skenker van 'n gameet (die opdraggewende man) alle regte en verpligtinge teenoor die kind wat verwek word, verloor. Dus itv die bestaande Suid-Afrikaanse regsposisie sal die reg nie fokus op die genetiese afkoms van die kind nie en kan die genetiese (natuurlike vader) geen ouerlike regte eis nie. Hy sal dus nie itv die Wet op Natuurlike Vaders van Buite-Egtelike Kinders 86 van 1997 verskyningsbevoegdheid hê om ouerlike regte te eis nie.

<sup>2</sup> 65 van 1983.

<sup>3</sup> GK R 1182 in *SK* 10283 van 1986-06-20 soos gewysig deur GK R 1354 in *SK* 18362 van 1997-10-17.  
<sup>4</sup> 74 van 1983.

<sup>5</sup> 82 van 1987.

<sup>6</sup> 51 van 1992.

<sup>7</sup> Pretorius "Surrogaatmoederskap: Implikasie in die Suid-Afrikaanse Regstelsel" 1987 *De Rebus* 270 271.

## 2 DIE WET OP MENSLIKE WEEFSEL<sup>8</sup> EN DIE REGULASIES<sup>9</sup> DAARKRAGTENS UITGEVAARDIG

### 2 1 Inleiding

Die doel van hierdie wet is onder andere om vir die volgende voorsiening te maak:

"[D]ie verwydering van [g]amete van die liggame van lewende persone en die gebruik daarvan vir geneeskundige [d]oeleindes [en] vir die beheer van die kunsmatige bevrugting van persone..."<sup>10</sup>

Hierdie wet was nie geskryf met die oog op surrogaatmoederskap nie, maar dit is wel van toepassing daarop, omdat surrogaatmoederskap normaalweg deur middel van kunsmatige bevrugting teweeg gebring word.<sup>11</sup> Gevolglik is dit nodig om daardie bepalings van die wet wat wel van toepassing kan wees te analiseer en om so vas te stel wat die moontlike gevolge van toepassing kan wees.<sup>12</sup>

### 2 2 Die toepassing van die wet en regulasies op surrogaatmoederskap

Verskeie bepalings in die wet en die regulasies bied ruimte vir die toepassing daarvan op surrogaatmoederskap. Die eerste bepaling wat relevant is, is die definisie van kunsmatige bevrugting in artikel 1 van die wet.<sup>13</sup> Die wet definieer die kunsmatige bevrugting van 'n persoon op die volgende wyse:

"[D]ie invoering op 'n ander wyse as die natuurlike wyse van 'n manlike gameet of gamete in die inwendige voortplantingsorgane van 'n vroulike

---

<sup>8</sup> 65 van 1983.

<sup>9</sup> GK R 1182 in SK 10283 van 1986-06-20 soos gewysig deur GK R 1354 in SK 18362 van 1997-10-17. Sien die langtitel van die wet.

<sup>11</sup> SA Regskommissie *Verslag oor Surrogaatmoederskap* Projek 65 (1992) 85.

<sup>12</sup> In die res van Afdeling 2 sal enige verwysing na die "wet" en die "regulasies" 'n verwysing wees na die Wet op Menslike Weefsel 65 van 1983 en die regulasies, GK R 18362 in SK 10283 van 1986-06-20 soos gewysig deur GK R 1354 in SK 18326 van 1997-10-17, daarkragtens uitgevaardig.

<sup>13</sup> Pretorius *Surrogate Motherhood: Legal Issues* (1991) 193.



persoon vir die doel van menslike voortplanting, met inbegrip van -

- (a) die samevoeging buite die menslike liggaam van 'n manlike en 'n vroulike gameet of gamete met die oog op die plasing van die produk van 'n samesmelting van sodanige gamete in die baarmoeder van 'n vroulike persoon; of
- (b) die plasing van die produk van 'n samesmelting van 'n manlike en 'n vroulike gameet of gamete wat buite die menslike liggaam saamgevoeg is, in die baarmoeder van 'n vroulike persoon, vir so 'n doel."

Hierdie definisie is wyd genoeg om surrogaatmoederskap in te sluit.<sup>14</sup> Dit sal die geval wees wanneer 'n vrou, anders as die vrou met wie die man getroud is, bevrug word met sy gamete deur middel van kunsmatige bevrugting of deur middel van *in vitro* bevrugting en embrio oordrag.<sup>15</sup> Daar is egter niks in die wet wat die surrogaatmoeder en die opdraggewende vader verbied om die kind by wyse van natuurlike geslagsgemeenskap te verwek nie, alhoewel die ooreenkoms om so iets te doen waarskynlik teen die goeie sedes sal wees.<sup>16</sup>

Dit is duidelik dat bogenoemde definisie nie aandui watter persone se gamete gebruik moet word vir die kunsmatige bevrugting van die vrou nie.<sup>17</sup> Die tweede deel van die definisie dui ook nie aan in wie se baarmoeder die embrio geplaas moet word nie.<sup>18</sup> Hieruit kan die volgende afleidings gemaak word:

- (a) Die opdraggewende man en sy vrou se gamete kan saamgevoeg word en die produk van sodanige samevoeging kan in die baarmoeder van die surrogaatmoeder geplaas word.<sup>19</sup> Die gevolg van so 'n proses sal 'n volledige surrogaatmoederskap wees.
- (b) Die opdraggewende man of 'n skenker en die surrogaatmoeder of 'n skenker se

<sup>14</sup> Lupton *Medico-Legal Aspects* in Schäfer *Family Law Service* (31 Januarie 2000) Service Issue 31 45.

<sup>15</sup> Lupton *Medico-Legal Aspects* 45.

<sup>16</sup> Pretorius *Surrogate Motherhood* 196.

<sup>17</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 84.

<sup>18</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 84.

<sup>19</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 84.

gamete kan saamgevoeg word en die produk van die samesmelting kan in die baarmoeder van die surrogaat geplaas word. Indien die eiersel van die surrogaat gebruik word, sal dit 'n gedeeltelike surrogaatmoederskap tot gevolg hê.<sup>20</sup>

Die regulasies verbied ook nie die plasing van 'n embrio in die baarmoeder van 'n surrogaat nie. Daar kan dus afgelei word dat die regulasies ook nie surrogaatmoederskap verbied nie.<sup>21</sup>

Die hele proses van surrogaatmoederskap kan onderhewig aan die regulasies wees indien die persone wat hul gamete beskikbaar stel aan die surrogaatmoeder as "skenkers" gesien word en die surrogaatmoeder as 'n "ontvanger" van die gamete.<sup>22</sup>

Dit is duidelik uit bogenoemde uiteensetting dat die wet en die regulasies surrogaatmoederskap nie uitdruklik reël nie, maar dat dit terselfdertyd ook nie uitdruklik verbied nie.<sup>23</sup>

### 2 3 Gevolge wat voortvloei uit die toepassing van die wet en die regulasies

Artikel 19(c) van die wet bepaal dat 'n persoon net kunsmatiglik bevrug mag word vir geneeskundige doeleindes. Dit sou beteken dat artikel 19(c) surrogaatmoederskap vir gerief verbied, aangesien die vrou wat surrogaatmoederskap vir gerief wil gebruik wel in staat is daartoe om kinders te hê en dus word die surrogaat nie vir "geneeskundige doeleindes" bevrug nie.<sup>24</sup>

Bogenoemde stelling lyk vreemd, omdat dit die "gesonde" surrogaatmoeder is wat kunsmatiglik bevrug word vir geneeskundige doeleindes. Pretorius vra tereg die vraag of

---

<sup>20</sup> Dit is onwenslik dat die surrogaatmoeder en haar man se gamete gebruik word, omdat hulle dan hul eie, genetiese kind aan die opdraggewende ouers moet weggee.

<sup>21</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 84.

<sup>22</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 88. Vir die doeleindes van die regulasies is dit relevant of die betrokkene 'n skenker of ontvanger van gamete is.

<sup>23</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 85.

<sup>24</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 85.



kunsmatige bevrugting of *in vitro* bevrugting as deel van surrogaatmoederskapsooreenkomste nie artikel 19(c) skend nie.<sup>25</sup> Sy is tog van mening dat dit nie die geval sal wees nie, indien 'n wye interpretasie aan die woorde "vir geneeskundige doeleindes" geheg word. Volgens haar is mediese prosedures ook gemik op die verligting van 'n groot verskeidenheid fisiese en psigiese lyding. Dit sou beteken dat waar die surrogaatmoeder die lyding van die onvrugbare opdraggewende ouers verlig, sy kunsmatiglik bevrug word vir geneeskundige doeleindes.<sup>26</sup>

Artikel 28 van die wet bepaal dat niemand vergoed mag word vir die verkryging of verskaffing van gamete nie.<sup>27</sup> Regulasie 7 bepaal egter dat 'n persoon wat 'n gameet geskenk het vergoed mag word vir die redelike uitgawes wat hy aangegaan het ten einde die skenking te bewerkstellig.

Die doel van artikel 28 is om die handeldryf in gamete te verhoed. Dit blyk dat dit spesifiek die ontvangs van vergoeding is wat deur die wet verbied word.<sup>28</sup> Vir doeleindes van surrogaatmoederskap is dit die verbod op die ontvangs van vergoeding vir die verkryging of verskaffing van gamete wat relevant is.<sup>29</sup> Die effek hiervan is dat die surrogaatmoeder skuldig kan wees aan 'n misdryf indien sy vergoeding ontvang vir haar optrede.<sup>30</sup> Dit is vanweë die feit dat die surrogaatmoeder wel soms gamete verskaf of verkry. Sy skenk<sup>31</sup> gamete indien haar eie eierselle gebruik word en sy verkry gamete indien 'n embrio, wat die produk is van die samevoeging van skenker gamete, in haar baarmoeder geplaas word.<sup>32</sup> Die surrogaat sal waarskynlik ook skuldig wees aan 'n misdadig indien sy betaling ontvang wanneer sy met die spermselle van die opdraggewende man of 'n skenker geïnsemineer word.

---

<sup>25</sup> Pretorius *Surrogate Motherhood* 399.

<sup>26</sup> Pretorius *Surrogate Motherhood* 399.

<sup>27</sup> Daar is uitsonderings op hierdie bepaling wat nie relevant is tot die huidige bespreking nie.

<sup>28</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 87. Sien ook die bewoording van a 28 van die wet.

<sup>29</sup> A 28(1)(a).

<sup>30</sup> A 34(j).

<sup>31</sup> "Verskaffing" van gamete itv die wet.

<sup>32</sup> "Ontvangs" van gamete itv die wet. *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 87.

## 2 4 Kriminalisering van optrede

Hierbo is reeds een geval genoem waar 'n party betrokke by 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms hom skuldig aan kriminele optrede kan maak.<sup>33</sup> Die wet en regulasies skep verskeie misdade wat ook relevant kan wees in die konteks van surrogaatmoederskap.<sup>34</sup> Dit is byvoorbeeld slegs 'n mediese dokter wat 'n vrou kunsmatiglik mag bevrug.<sup>35</sup> Sou die opdraggewende ouers en die surrogaatmoeder dus poog om die surrogaat self op kunsmatige wyse te bevrug, kan hulle skuldig wees aan 'n misdaad. Verder vereis die regulasies dat die mediese dokter rekords hou van die besonderhede van skenkers<sup>36</sup> en ontvangers<sup>37</sup> van gamete.

Ingevolge die wet is oortredings strafbaar met 'n boete van hoogstens R2 000 en/of met gevangenisstraf van hoogstens een jaar.<sup>38</sup> Die regulasies bepaal dat 'n persoon wat versuim om die regulasies na te kom of dit oortree, strafbaar is met 'n boete van hoogstens R1 000 en/of met gevangenisstraf van hoogstens ses maande.<sup>39</sup>

Vir doeleindes van hierdie tesis sal daar nie verder op die kriminalisering van oortredings van die wet en regulasies ingegaan word nie, omdat daar geen verdere bepalings is wat slegs van toepassing op surrogaatmoederskap is nie.<sup>40</sup>

## 2 5 Tekortkominge van die wet en die regulasies

Daar is noodwendig tekortkominge in die wet en die regulasies, omdat dit nie geskryf is met die oog op die regulering van surrogaatmoederskap nie.

---

<sup>33</sup> Sien 2 3 *supra* ivm die oortreding van a 28 deur die surrogaatmoeder.

<sup>34</sup> Sien a 34 van die wet en reg 14 van die regulasies.

<sup>35</sup> A 23(2) en reg 3.

<sup>36</sup> Reg 4 en 6.

<sup>37</sup> Reg 9(a)-(c) en 9(e)(v).

<sup>38</sup> A 34.

<sup>39</sup> Reg 14.

<sup>40</sup> Maw daar is geen bepalings wat slegs surrogaatmoederskap sal tref en nie ook ander gevalle van kunsmatige bevrugting nie.



Eerstens maak die wet en die regulasies nie vir die evaluering van die opdraggewende ouers en die surrogaatmoeder voorsiening nie. Surrogaatmoederskap skep ongetwyfeld eiesoortige vereistes vir alle partye wat betrokke is.<sup>41</sup> Regulasie 9(c)(ii) sal wel meebring dat die surrogaatmoeder, as ontvanger van die gamete, onderworpe sal wees aan 'n ondersoek om vas te stel of sy biologies, fisies, sosiaal en psigies geskik is. Dit het egter net betrekking op haar geskiktheid as 'n kandidaat vir kunsmatige bevrugting. Daar word dus nie gekyk of sy geskik is om die eiesoortige gevolge van surrogaatmoederskap te hanteer nie.

Die opdraggewende ouers, as skenkers van gamete, is tot 'n geringe mate ook onderworpe aan keuring.<sup>42</sup> Weereens het dit slegs betrekking op hul geskiktheid om as kandidaat vir kunsmatige bevrugting op te tree. Hul geskiktheid om as ouers op te tree word glad nie geëvalueer nie.

## **2 6 Gevolgtrekking**

Dit is duidelik uit bogenoemde dat hierdie wet en regulasies gewysig sal moet word om voorsiening te maak vir die evaluering van die surrogaatmoeder en die opdraggewende ouers ten opsigte van die eiesoortige eise wat surrogaatmoederskap aan die partye stel.

Twee voordele wat uit die wet en regulasies, soos dit huidiglik is, voortvloei, is dat dit surrogaatmoederskap vir gerief en die betaling van surrogaatmoeders verbied.<sup>43</sup>

## **3 DIE WET OP KINDERSORG<sup>44</sup>**

### **3 1 Inleiding**

Uit die langtitel van die wet blyk dit dat dit onder andere die doel van die wet is om voorsiening te maak vir die beskerming van kinders en vir die aanneming van kinders. Twee

---

<sup>41</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 90.

<sup>42</sup> Reg 4(d), 5(a), 6(1)(a)(iii), 6(1)(b) en (c).

<sup>43</sup> Daar is reeds in hfst 2 gewys op die afkeurenswaardigheid van hierdie optrede.

<sup>44</sup> 74 van 1983. In die res van afdeling 3 sal enige verwysing na die "wet" 'n verwysing wees na die Wet op Kindersorg 74 van 1983.

artikels van hierdie wet raak surrogaatmoederskap in die besonder. Dit is naamlik artikel 24 wat die gee of ontvangs van vergoeding vir die aanneming van 'n kind 'n misdryf maak en artikel 17 wat bepaal watter persone geskik is om 'n kind aan te neem.

In hierdie afdeling sal die gevolge van die toepassing van hierdie twee artikels op surrogaatmoederskap ontleed word.

### 3 2 Artikel 24 van die wet

Artikel 24 verbied die gee of ontvangs van enige vergoeding, in geld of *in natura*, ten opsigte van die aanneming van 'n kind.<sup>45</sup> Iemand wat hierdie bepaling oortree is aan 'n misdaad skuldig en strafbaar met 'n boete van hoogstens R8 000 en/of gevangenisstraf vir 'n tydperk van hoogstens twee jaar.<sup>46</sup>

Indien die opdraggewende ouers ouerlike gesagsbevoegdhede wil bekom oor die kind wat verwek is as gevolg van die surrogaatmoederskapsooreenkoms, sal hulle die kind moet aanneem. Die opdraggewende ouers kan op geen ander manier ouerlike gesagsbevoegdhede oor die kind bekom nie, omdat hulle nie regtens as die ouers van die kind beskou word nie.<sup>47</sup>

Indien die betaling van die surrogaatmoeder vir meer as haar redelike uitgawes<sup>48</sup> gelykstaande sou wees aan betaling vir die aanneming van die kind verwek deur die surrogaatmoederskapsprosedure, sou die bepalings van artikel 24 oortree word. Die vraag is dus of die betaling van die surrogaatmoeder vir meer as haar redelike uitgawes sou neerkom op die betaling vir aanneming en of hierdie twee prosedures van mekaar onderskei kan word.

---

<sup>45</sup> Behalwe soos voorgeskryf kragtens die Wet op Maatskaplike Werk 110 van 1978.

<sup>46</sup> A 24(2).

<sup>47</sup> Sien 166-167 *infra*.

<sup>48</sup> Dit sou bv insluit betaling vir haar mediese uitgawes wat direk verband hou met die swangerskap en enige uitgawes wat sy moes aangaan tov die sluiting van die surrogaatmoederskapsooreenkoms, bv regsonkoste. Soos in hfst 2 vermeld is dit net billik dat sy vir hierdie uitgawes vergoed word, omdat sy nie hierdie uitgawes sou hoef aan te gaan het as dit nie was vir die sluiting van die ooreenkoms nie. Sy maak dus nie 'n wins uit die vergoeding wat sy aldus ontvang nie en die transaksie is gevolglik nie kommersieel van aard nie.



Daar is reeds in Hoofstuk Twee geargumenteer dat die vergoeding van die surrogaat vir meer as haar redelike uitgawes sou neerkom op betaling vir aanneming.<sup>49</sup> Die gevolg hiervan sal wees dat die bepalings van artikel 24 van die wet oortree word, wat die surrogaatmoeder en die opdraggewende ouers blootstel aan strafregtelike vervolging ingevolge artikel 24(2).<sup>50</sup>

### 3 3 Artikel 17 van die wet

Hierdie artikel bepaal dat die volgende persone bevoeg is om kinders aan te neem:

- "(a) 'n man en sy vrou gesamentlik;
- (b) 'n wewenaar of weduwee of 'n ongetroude of geskeide persoon;
- (c) 'n getroude persoon wie se gade die ouer van die kind is;
- (d) die natuurlike vader van die kind wat buite die eg gebore is."

Die opdraggewende ouers wat hul genetiese materiaal geskenk het, sal dus as gevolg van paragraaf (a) in staat wees om die kind wat gebore word, aan te neem.<sup>51</sup> Dieselfde reëling sal geld ten opsigte van ongetroude persone wat hul genetiese materiaal aan die surrogaatmoeder geskenk het.<sup>52</sup>

Artikel 17(c) sal nie surrogaatmoederskapsooreenkomste tref nie. Selfs waar een van die opdraggewende ouers se genetiese materiaal gebruik is om die kind te verwek, sal daardie party nie regtens as die ouer van die kind beskou word nie.<sup>53</sup> Die ander opdraggewende ouer sal met ander woorde nie op artikel 17(c) kan steun ten einde die kind aan te neem nie.

Artikel 17(c) is eintlik gemik op die gevalle waar 'n persoon trou met 'n ander persoon wat alreeds kinders het. Indien die stiefouer dan die kind wil aanneem, sal hy op hierdie artikel kan steun.<sup>54</sup>

---

<sup>49</sup> Sien 8-9 *supra*.

<sup>50</sup> Die argumente wat hierdie gevolgtrekking regverdig sal dus nie weer hier herhaal word nie.

<sup>51</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 93.

<sup>52</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 93. Sien a 17(b).

<sup>53</sup> A 5(2) van die Wet op die Status van Kinders 82 van 1987.

<sup>54</sup> Pretorius *Surrogate Motherhood* 297-298.

Paragraaf (d) van hierdie artikel is ingevoeg deur artikel 3 van die Wysigingswet op Aannemingsaangeleenthede.<sup>55</sup> Hierdie artikel maak dit nou vir die natuurlike vader moontlik om sy buite-egtelike kind aan te neem. Hierdie artikel het egter geen invloed op surrogaatmoederskapsgevalle nie, omdat die opdraggewende man, wat sy gamete geskenk het, nie regtens as die natuurlike vader van die kind beskou word nie.<sup>56</sup> Gevolglik sal hy nie van hierdie artikel gebruik kan maak om die kind aan te neem nie.

### **3 4 Gevolge van die toepassing van die wet op surrogaatmoederskap**

Dit blyk uit bogenoemde analise dat hierdie wet geen tekortkominge het wat surrogaatmoederskap aanbetref nie. 'n Positiewe gevolg van hierdie wet is dat dit verseker dat kommersiële surrogaatmoederskap verbied word as gevolg van die bepalings van artikel 24. Verder is dit ook moontlik vir die opdraggewende ouers om die kind wat verwek word aan te neem, mits daar aan al die ander vereistes vir aanneming voldoen word.

## **4 DIE WET OP STATUS VAN KINDERS<sup>57</sup>**

### **4 1 Inleiding**

Die langtitel van die wet stel die oogmerke daarvan as volg:

"Om die reg betreffende vaderskap, voogdy en die status van sekere kinders te wysig; en om voorsiening te maak vir aangeleenthede wat daarmee in verband staan."

Hierdie Wet het 'n bepaalde invloed op die status van 'n kind wat verwek word as gevolg van 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms, alhoewel dit nie die bedoeling van die wetgewer was dat hierdie wet surrogaatmoederskap moet reël nie.<sup>58</sup> In hierdie afdeling sal hierdie

---

<sup>55</sup> 56 van 1998.

<sup>56</sup> A 5(2) van die Wet op die Status van Kinders 82 van 1987.

<sup>57</sup> 82 van 1987. Enige verdere verwysings in afdeling 4 na die "wet" sal 'n verwysing na die Wet op Status van Kinders 82 van 1987 wees.

<sup>58</sup> Lupton *Medico-Legal Aspects* 57.



invloed bespreek word en die tekortkominge van die wet uitgewys word.

#### 4 2 Artikel 5 van die wet en die uitwerking daarvan op surrogaatmoederskap

Die definisie van kunsmatige bevrugting in hierdie wet<sup>59</sup> is wyd genoeg om surrogaatmoederskap in te sluit.<sup>60</sup> Artikel 5(2) van die wet bring egter mee dat die wet nie op surrogaatmoederskap van toepassing kan wees nie.

Artikel 5(1)(a) bepaal dat die kind wat verwek word uit die kunsmatige bevrugting van 'n getroude vrou met die gameet of gamete van 'n ander persoon as die vrou en haar eggenoot geag word die wettige kind van haar en haar gade te wees, asof hul gamete gebruik is om die kind te verwek.<sup>61</sup>

Artikel 5(2) bepaal dat daar geen reg, plig of verpligting tussen die gameetskenker en die kind ontstaan nie, behalwe waar die gameetskenker die vrou is wat geboorte geskenk het aan die kind of die gameetskenker die eggenoot van die vrou was ten tyde van kunsmatige bevrugting.

Die gevolg hiervan is dat die surrogaatmoeder en haar eggenoot regtens beskou word as die ouers van die kind.<sup>62</sup> Die effek van artikel 5(2) is dat die opdraggewende ouers glad nie die regtens erkende ouers van die kind sal wees nie, selfs al het hulle die gamete geskenk waaruit die kind verwek is. Die artikel het dus baie onregverdige gevolge veral in die geval van volledige surrogaatmoederskap.

Alhoewel die wet dus nie surrogaatmoederskapsooreenkomste uitdruklik uitsluit nie, bring artikel 5(2) mee dat die wet nie van toepassing is op surrogaatmoederskap nie, omdat die opdraggewende ouers geen ouerlike regte verkry nie.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> A 5(3).

<sup>60</sup> Lupton *Medico-Legal Aspects* 45.

<sup>61</sup> Die bepalinge van a 5(1)(a) lei daartoe dat die gemeenregtelike stelreëls *mater semper certa est* en *pater est nuptiae demonstrant* statutêr vasgelê word. Sien Pretorius *Surrogate Motherhood* 201.

<sup>62</sup> A 5(1)(a).

<sup>63</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 95.

### 4 3 Tekortkominge van die wet

Artikel 5 het die gewensde effek wanneer 'n surrogaatmoederskapsituasie nie ter sprake is nie, omdat die partye dan wil hê dat die skenker regtens geen bande met die verwekte kind moet hê nie. In die geval van surrogaatmoederskap is dit die bedoeling van die partye dat die opdraggewende ouers die regtens erkende ouers van die kind moet wees.

In die geval van volledige surrogaatmoederskap kan die opdraggewende ouers die genetiese ouers van die kind wees, maar as gevolg van die bepalings van artikel 5(2) sal hulle geen ouerlike gesagsbevoegdhede oor die kind hê nie.<sup>64</sup>

Om hierdie probleem te bowe te kom, stel Pretorius voor<sup>65</sup> dat 'n wysiging aangebring word aan artikel 5(2) sodat die bepaling as volg sal lees:

"Geen reg, plig of verpligting ontstaan tussen 'n kind gebore as gevolg van die kunsmatige bevrugting van 'n vrou en 'n persoon wie se gameet of gamete vir sodanige kunsmatige bevrugting gebruik is en die bloedverwante van daardie persoon nie, behalwe waar -

- (a) ...
- (b) ...
- (c) die Wet op Surrogaatmoederskapsooreenkomste anders bepaal."

Die Wet op Surrogaatmoederskapsooreenkomste sal dan bepaal dat die opdraggewende man en vrou die regtens erkende ouers van die kind is waar hul gamete gebruik is om die kind te verwek.

### 4 4 Gevolgtrekking

Die gewensde oplossing vir die probleem wat die wet skep, is die invoeging van 'n verdere

---

<sup>64</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 96.

<sup>65</sup> Pretorius "Surrogate Motherhood: A Detailed Commentary on the Draft Bill" 1996 *De Rebus* 114 115.



uitsondering op die reël dat die gameetskenker nie as die ouers van die kind beskou word nie. Na aanleiding van die bewoording van die paragraaf, wat volgens Pretorius ingevoeg moet word, sal dit duidelik nodig wees vir die wetgewer om 'n Wet op Surrogaatmoederskap te skryf.

## **5 DIE WET OP DIE REGISTRASIE VAN GEBOORTES EN STERFTES<sup>66</sup>**

### **5 1 Inleiding**

Hierdie wet maak vir die registrasie van geboortes en sterftes voorsiening. In die geval van 'n kind wat gebore word vanweë 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms, ontstaan die vraag onder wie se van die kind geregistreer moet word. Daar is twee opsies. Die eerste opsie behels dat die kind as die binne-egtelike kind van die surrogaatmoeder en haar man beskou word, in welke geval hy onder die naam van die surrogaatmoeder se man geregistreer sal word.<sup>67</sup>

'n Tweede opsie is om die kind as die buite-egtelike kind van die surrogaatmoeder te beskou en hom gevolglik onder haar van of die van die genetiese vader te registreer.<sup>68</sup>

In hierdie afdeling sal daar vasgestel word watter een van hierdie opsies volgens die huidige reg korrek is en watter tekortkominge hierdie wet bevat met betrekking tot surrogaatmoederskap. 'n Voorstel sal ook gemaak word vir 'n wysiging aan die Wet ten einde voorsiening te maak vir die registrasie van die kind na verloop van die afkoelperiode.<sup>69</sup>

### **5 2 Die huidige regsposisie**

Indien artikel 5 van die Wet op die Status van Kinders<sup>70</sup> van toepassing is, sal dit beteken

---

<sup>66</sup> 51 van 1992. Enige verdere verwysing na die "wet" in afdeling 5, sal 'n verwysing wees na die Wet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes 51 van 1992, tensy uitdruklik anders aangedui.

<sup>67</sup> A 9(2).

<sup>68</sup> A 10.

<sup>69</sup> Sien 80-81 vir 'n bespreking van 'n afkoelperiode.

<sup>70</sup> 82 van 1987.

dat die kind wat gebore word die binne-egtelike kind van die surrogaatmoeder en haar man is.<sup>71</sup> Die kind sal dus ingevolge artikel 5(2) onder die van van die surrogaatmoeder se eggenoot geregistreer word. Die opdraggewende man wat die gameetskenker was, sal nie as die natuurlike vader erken word nie, omdat hy statutêr geen regte en verpligtinge ten opsigte van die kind het nie.<sup>72</sup>

Vanweë die bepalings van artikel 5(1)(a) van die Wet op die Status van Kinders<sup>73</sup> sal die kind nie as die buite-egtelike kind van die surrogaatmoeder en die opdraggewende man gesien word nie. Dit staan egter die surrogaatmoeder se man vry om die *pater est* - vermoede te weerlê deur getuienis aan te voer dat hy nie die vader van die kind is nie. Die vraag ontstaan nou of die kind in so 'n geval wel as die buite-egtelike kind van die opdraggewende man en die surrogaatmoeder bekend sal staan of nie.

Indien die surrogaatmoeder se man die *pater est* - vermoede weerlê, sal die kind waarskynlik regtens geen vader hê nie. Dit is vanweë die feit dat die opdraggewende man, as gameetskenker, ingevolge artikel 5(2) van die Wet op die Status van Kinders<sup>74</sup> regtens alle regte ten opsigte van die kind verloor het. Die waarskynlike gevolg hiervan sal wees dat die kind onder die surrogaatmoeder se van geregistreer moet word.<sup>75</sup>

### 5 3 Aangifte van geboorte

Artikel 9(1) van die Wet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes vereis die aangifte van 'n kind se geboorte binne 30 dae na sy geboorte. Die wet wat in hierdie tesis voorgestel word, verskaf egter aan die surrogaatmoeder 6 weke na die kind se geboorte om te besluit of sy die kind wil hou.<sup>76</sup> Totdat die 6 weke afkoelperiode verstreke is, is dit onseker wie die kind se ouers sal wees en daarom kan die kind nie binne 30 dae na sy geboorte onder sy

---

<sup>71</sup> Verslag oor Surrogaatmoederskap 98.

<sup>72</sup> A 5(2) van die Wet op die Status van Kinders 82 van 1987.

<sup>73</sup> 82 van 1987.

<sup>74</sup> 82 van 1987.

<sup>75</sup> A 10(1)(a).

<sup>76</sup> Sien 150 *infra*.



vader se van geregistreer word nie.<sup>77</sup>

'n Bepaling moet dus in die Wet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes ingevoeg word dat 'n kind gebore uit 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms se geboorte binne 30 dae vanaf die verstryking van die afkoelperiode aangegee moet word.<sup>78</sup>

#### **5 4 Gevolgtrekking**

Die gesamentlike effek van die Wet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes en die Wet op die Status van Kinders<sup>79</sup> is dat die kind as die binne-egtelike kind van die surrogaat en haar man of as die buite-egtelike kind van die surrogaat geregistreer moet word. Dit is duidelik nie in ooreenstemming met die bedoeling van die partye by die ooreenkoms nie.

Die beste oplossing vir hierdie probleem sal wees om in 'n Wet op Surrogaatmoederskap te bepaal dat die opdraggewende ouers vir alle doeleindes die regtens erkende ouers van die kind sal wees. Die gevolg hiervan sal wees dat die kind as die binne-egtelike kind van die opdraggewende ouers beskou sal word en daarom geregistreer sal word onder hul van.

### **6 GEVOLGTREKKING**

Uit die analise van die Suid-Afrikaanse wetgewing wat surrogaatmoederskap raak, is dit duidelik dat die bestaande situasie nie surrogaatmoederskap reël nie, maar dit ook nie uitdruklik verbied nie. Gevolglik is dit so dat die wetgewing leemtes laat waar dit op surrogaatmoederskap toegepas word. In hierdie hoofstuk is gepoog om hierdie leemtes aan te dui en ook voorstelle te maak oor hoe die wetgewing gewysig kan word ten einde hierdie leemtes aan te vul.

---

<sup>77</sup> A 9(2).

<sup>78</sup> A 9(3) van die Wet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes maak voorsiening vir die aangifte van geboorte na 30 dae vanaf geboorte, maar die Direkteur-generaal kan redes vereis vir die laat aangifte. Indien die voorgestelde wet geïmplementeer word, sou dit onsinnig wees om steeds die Direkteur-generaal die bevoegdheid te gee om redes te eis in die geval van surrogaatmoederskap.

<sup>79</sup> 82 van 1987.

Wat egter duidelik blyk, is dat dit nie moontlik sal wees om bloot bestaande wetgewing te wysig ten einde voorsiening te maak vir surrogaatmoederskap nie. Dit sal ook nodig wees vir die wetgewer om 'n wet daar te stel wat suiwer gefokus is op surrogaatmoederskap.

Indien hierdie nuwe wet dan aangevul word deur wysigings aan die bestaande wetgewing sal surrogaatmoederskap op 'n aanvaarbare wyse gereguleer word.



## **HOOFSTUK VIER**

### **DIE BESTAANDE REGSPOSISIE:**

### **DIE PERSONEREG EN DIE KONTRAKTEREG**

#### **1 INLEIDING**

In hierdie hoofstuk sal daar gefokus word op die aspekte van die personereg en die kontraktereg wat met surrogaatmoederskap verband hou. Die geskiktheid van die toepaslike personeregtelike stelreëls sal ontleed word en die effek daarvan op surrogaatmoederskap sal vasgestel word.

Tweedens sal daar op die kontraktereg gefokus word, omdat die sluiting van 'n kontrak die grondslag van 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms vorm. Daar sal bepaal word of die tradisionele kontraktereg wel toepassing kan vind in die geval van surrogaatmoederskap en of sekere aspekte van hierdie tipe kontrak op 'n eiesoortige basis behandel moet word.

#### **2 ASPEKTE VAN DIE PERSONEREG**

##### **2 1 Inleiding**

Daar is twee gemeenregtelike stelreëls wat van belang binne die konteks van surrogaatmoederskap is, naamlik *mater semper certa est*<sup>1</sup> en *pater est quem nuptiae demonstrant*.<sup>2</sup> Die impak van hierdie stelreëls op surrogaatmoederskap en die tekortkominge daarvan sal in hierdie afdeling bespreek word.

##### **2 2 *Mater semper certa est***

Hierdie stelreël het tot gevolg dat die vrou wat geboorte gee aan die kind gemeenregtelik as

---

<sup>1</sup> Dit beteken dat die identiteit van die moeder altyd seker is. Sien Hiemstra & Gonin *Drietalige Regswoordeboek* 3e uitg (1992) 228.

<sup>2</sup> Dit beteken dat die vader hy is wat deur die huwelik aangewys word. Sien Hiemstra & Gonin *Woordeboek* 228.

die moeder van die kind beskou word. Artikel 5(1)(a) van die Wet op die Status van Kinders<sup>3</sup> het dieselfde inhoud as die gemeenregtelike stelreël. Hierdie artikel bepaal naamlik dat die vrou wat geboorte skenk aan die kind regtens as die moeder van die kind beskou word, ongeag die feit dat haar gamete nie gebruik is om die kind te verwek nie.<sup>4</sup>

Die gemeenregtelike stelreël is onweerlegbaar, omdat dit fisies onmoontlik was vir 'n vrou om nie geneties die moeder van die kind wat sy dra te wees nie.<sup>5</sup> Die moderne mediese tegnologie het dit egter moontlik gemaak vir 'n vrou om met die eiersel van 'n ander vrou geïnsemineer te word, met die gevolg dat die vrou wat geboorte skenk nie die genetiese moeder van die kind is nie.

In die geval van surrogaatmoederskap is daar potensieel drie vroue wat ouerlike regte oor die kind kan eis. Dit sal die genetiese moeder, die dramoeder (surrogaatmoeder) en die opdraggewende vrou wees.

Volgens die gewysigde regulasies wat ingevolge die Wet op Menslike Weefsel<sup>6</sup> uitgevaardig is, is dit nou ook vir 'n ongetroude vrou moontlik om kunsmatig bevrug te word.<sup>7</sup> Die gevolg sal wees dat die ongetroude vrou as die moeder van die kind beskou word, vanweë werking van die gemeenregtelike stelreël onder bespreking.<sup>8</sup>

Dit het dus nodig geword om die term "moeder" statutêr te definieer ten einde sekerheid te verkry oor die identiteit van die regtens erkende moeder. In die geval van surrogaatmoederskap is dit die partye se bedoeling dat die opdraggewende vrou die moeder van die kind moet wees.

---

<sup>3</sup> 82 van 1987.

<sup>4</sup> Hierdie is slegs 'n weergawe van die gedeelte van die bepaling wat relevant is tot die huidige bespreking. Sien hfst 3 vir 'n bespreking van die wet.

<sup>5</sup> Pretorius *Surrogate Motherhood: Legal Issues* (1991) 278.

<sup>6</sup> 65 van 1983.

<sup>7</sup> GK R 1182 in SK 10283 van 1986-06-20 soos gewysig deur GK R 1354 in SK 18362 van 1997-10-17.

<sup>8</sup> Dit is 'n ope vraag of die "vrou" waarna daar in a 5(2)(a) van die Wet op die Status van Kinders verwys word, geïnterpreteer kan word om ook 'n ongetroude vrou in te sluit. As gevolg van die feit dat die regulasies, uitgevaardig kragtens die Wet op Menslike Weefsel, gewysig is sodat 'n ongetroude vrou ook kunsmatig bevrug kan word, behoort dit wel die geval te wees. Sien in hierdie verband GK R 1182 in SK 10283 van 1986-06-20 soos gewysig deur GK R 1354 in SK 18362 van 1997-10-17.



Daar is 'n verdere rede waarom dit nodig is om 'n statutêre definisie aan die term te gee. Artikel 18(4)(d) van die Wet op Kindersorg<sup>9</sup> vereis dat albei ouers van 'n kind toestemming gee tot daardie kind se aanneming. Die surrogaatmoeder word regtens as die moeder van die kind beskou<sup>10</sup> en haar toestemming is gevolglik nodig ten einde dit vir die opdraggewende ouers moontlik te maak om die kind aan te neem. Die surrogaatmoeder kan weier om die kind beskikbaar te stel vir aanneming, wat daartoe sal lei dat die bedoeling van die partye negeer word.<sup>11</sup>

Gevolglik word voorgestel dat daar statutêr bepaal word dat die opdraggewende ouers die ouers van die kind is. Sodoende word dit vir die opdraggewende ouers onnodig om die kind aan te neem.

### 2 3 *Pater est quem nuptiae demonstrant*

Die betekenis van hierdie stelreël is dat die vader van die kind deur die huwelik aangewys word. Dit sal in die surrogaatmoederskapsgeval tot gevolg hê dat die eggenoot van die surrogaatmoeder as die vader van die kind erken word. Hierdie situasie is onwenslik vir surrogaatmoederskap omdat die partye se bedoeling nie was dat die surrogaatmoeder se man die vader van die kind moet wees nie.

Nog 'n probleem is die feit dat die surrogaatmoeder se man waarskynlik in die meeste gevalle nie die kind se genetiese ouer sal wees nie. Tog het hy, as gevolg van die bepalings van die Wet op Kindersorg,<sup>12</sup> die reg om te weier dat die kind deur die opdraggewende ouers, wat gewoonlik wel geneties verwant sal wees aan die kind, aangeneem word.

Daar moet egter op gelet word dat die vrou, wat geboorte geskenk het aan die kind, se eggenoot slegs vermoed word die vader van die kind te wees. Hierdie vermoede is weerlegbaar en daar kan dus getuienis aangevoer word om te bewys dat die surrogaatmoeder

---

<sup>9</sup> 74 van 1983.

<sup>10</sup> A 5(1)(a) van die Wet op die Status van Kinders 82 van 1987.

<sup>11</sup> SA Regskommissie *Verslag oor Surrogaatmoederskap* Projek 65 (1992) 104-105.

<sup>12</sup> A 18(4)(d) van Wet 74 van 1983.

se man nie die kind se genetiese vader is nie.

Dis onseker presies wie verskyningsbevoegdheid het om hierdie vermoede te weerlê.<sup>13</sup> Uit die beslissing van Regter Harms in die saak *F v L*<sup>14</sup> blyk dit dat slegs die moeder van die kind of haar eggenoot die vermoede kan weerlê. As hulle albei weier om die vermoede te weerlê, kan 'n derde party, soos die man wat beweer dat hy die natuurlike vader is, nie poog om dit te doen nie. Verskeie skrywers meen dat die beslissing verkeerd is en voer onder andere aan dat die vermoede slegs een van gerief is wat geld totdat die teendeel bewys is. Gevolglik kan enige belanghebbende die vermoede weerlê.<sup>15</sup>

Daar is skrywers wat meen dat 'n belanghebbende party, wat nie een van die gades is nie, slegs toegelaat moet word om die vermoede te weerlê indien dit in die beste belang van die kind sal wees.<sup>16</sup> Alhoewel hierdie standpunt nie op sterk gesag berus nie, kan dit nou in die lig van die Grondwet<sup>17</sup> regverdig word. Artikel 28(2) van die Grondwet<sup>18</sup> bepaal dat die kind se beste belang "van deurslaggewende belang [is] in elke aangeleentheid wat die kind raak."

Selfs indien die opdraggewende vader<sup>19</sup> as 'n belanghebbende beskou word, en toegelaat word om die vermoede te weerlê, sal dit nie sy probleme oplos nie. As gevolg van die werking van artikel 5(2) van die Wet op die Status van Kinders<sup>20</sup> sal hy, as gameetskenker, alle regte en verpligtinge teenoor die kind wat verwek is, verloor.<sup>21</sup> Al slaag die opdraggewende vader dus daarin om te bewys dat hy, en nie die surrogaat se man nie, die kind se natuurlike vader is, beteken dit steeds nie dat hy enige ouerlike regte oor die kind bekom nie.

<sup>13</sup> Van Heerden et al *Boberg's Law of Persons and the Family* 2e uitg (1999) 355.

<sup>14</sup> 1987 (4) SA 525 (W) (ook gerapporteer as *D v L* 1990 (1) SA 894 (W)).

<sup>15</sup> Van Heerden et al *Boberg's* 355 vn 101 en die skrywers daar aangehaal.

<sup>16</sup> Van Heerden et al *Boberg's* 355-356 vn 101 en die skrywers daar aangehaal.

<sup>17</sup> 108 van 1996.

<sup>18</sup> 108 van 1996.

<sup>19</sup> Hier sal die opdraggewende vader ook die genetiese vader wees.

<sup>20</sup> 82 van 1987.

<sup>21</sup> Pretorius *Surrogate Motherhood* 296-297.



Uit bogenoemde is dit duidelik dat die stelreël nie die bedoeling van die partye weerspieël nie. Dit sal daarom wenslik wees om deur middel van wetgewing te bepaal dat die opdraggewende vader die vader van die kind is.

### **3 GEVOLGTREKKING**

Uit die bespreking van die genoemde twee stelreëls blyk dit dat die werking daarvan strydig met die oogmerk van surrogaatmoederskap is. Daar kan nie met hierdie regsvermoedens gewerk word in 'n geval wat so eiesoortig soos surrogaatmoederskap is nie.<sup>22</sup>

Die bedoeling van die partye word negeer indien die surrogaatmoeder en haar eggenoot as die ouers van die kind gesien word. Klaarblyklik sal die beste oplossing wees om die identiteit van die ouers statutêr te bepaal ten einde surrogaatmoederskap te akkommodeer.

### **4 DIE KONTRAKTEREG**

#### **4 1 Inleiding**

Indien surrogaatmoederskap statutêr erken word, sal die grondslag van so 'n reëling die surrogaatmoederskapskontrak wees. In hierdie ooreenkoms sal die partye hul regte en verpligtinge uiteensit en hul konsensus weerspieël. Alvorens die wetgewer dus erkenning kan verleen aan surrogaatmoederskap, sal daar vasgestel moet word of die surrogaatmoederskapskontrak geoorloof is. Gevolglik sal die inhoud van die kontrak in hierdie hoofstuk ontleed word.

Die wyses waarop die partye kan kontrakbreuk pleeg en die remedies wat in so 'n geval tot hul beskikking sal wees, sal nie hier aangeraak word nie, omdat dit nie deur die voorgestelde wet gereël sal word nie, maar wel deur die kontraktereg. Dit val dus buite die bestek van hierdie tesis.

---

<sup>22</sup>

*Verslag oor Surrogaatmoederskap* 105. 'n Ander oplossing sou wees om die vermoedens aan te pas in die lig van bogenoemde oorwegings, maar dit sal waarskynlik makliker wees om die posisie bloot statutêr te reël.

Voordat die geoorlooftheid van die kontrak bepaal word, sal daar eers vasgestel word watter tipe kontrak dit is.

## 4 2 Kontrakstipe

Soos uit Hoofstuk Twee afgelei kan word,<sup>23</sup> is die surrogaatmoederskapskontrak nie een vir blote dienste nie. Hierdie is 'n gemengde kontrak vir beide dienste<sup>24</sup> en 'n resultaat,<sup>25</sup> omdat die blote lewering van die diens deur die surrogaat nie voldoende is vir die opdraggewende ouers nie. Hulle wil ook graag die resultaat van die diens hê.<sup>26</sup>

## 4 3 Toepassing van die kontraktereg

Die vraag kan gevra word of die kontraktereg hoegenaamd toepassing moet vind in die geval van surrogaatmoederskap. Daar kan bevestigend geantwoord word op hierdie vraag, vanweë die feit dat die kontraktereg die openbare belang nastreef. Die konsep van die openbare belang is wyd genoeg om die belange van derde partye by 'n ooreenkoms, soos die kind, in ag te neem. Dit is daarom duidelik dat die kind se belange nie noodwendig die onderspit sal delf indien die kontraktereg toegepas word nie.

Selfs al sou die kontrak dan nie spesifiek na die belange van die kind verwys nie, sal 'n hof in elk geval fokus op sy beste belang. Die hof word inderdaad ook deur die Grondwet<sup>27</sup> verplig om die kind se belange op die hart te dra.<sup>28</sup>

## 4 4 Vereistes vir 'n geldige kontrak

Die normale vereistes vir 'n geldige kontrak sal ook van toepassing wees in die geval van 'n surrogaatmoederskapskontrak. Die vereistes is dat die partye handelingsbevoeg moet wees,

---

<sup>23</sup> Sien 2 1 *supra*.

<sup>24</sup> NI die dra van die kind vir 9 maande.

<sup>25</sup> NI die kind.

<sup>26</sup> Rae *The Ethics of Commercial Surrogate Motherhood: Brave New Families?* (1994) 33.

<sup>27</sup> 108 van 1996.

<sup>28</sup> A 28(2).



die prestasie moontlik moet wees, die ooreenkoms moet geoorloof wees, daar moet aan die voorgeskrewe formaliteite voldoen word,<sup>29</sup> daar moet wilsooreenstemming tussen die partye wees en laastens moet die regsgevolge van die ooreenkoms bepaald of bepaalbaar wees.<sup>30</sup>

Hierdie vereistes skep in die algemeen nie enige besondere probleme nie. Die feit dat die partye handelingsbevoeg moet wees skep eiesoortige probleme vir die surrogaatmoeder. Sy moet ten minste een-en-twintig jaar oud wees om die kontrak te sluit. Indien sy jonger is, sal ouerlike toestemming vereis word.<sup>31</sup> Die feit dat 'n minderjarige vrou op hierdie manier gemagtig word om as surrogaatmoeder op te tree, is 'n aspek wat aandag verdien. Daar bestaan die moontlikheid dat sy waarskynlik nie oor die nodige emosionele volwassenheid beskik wat nodig is om 'n kind te baar en te oorhandig aan 'n ander nie. Die gevaar bestaan ook dat ouers hul dogters kan misbruik ten einde finansiële voordele te ontvang.

Die prestasie sal moontlik wees indien die surrogaat in staat is om swanger te raak en 'n kind op die normale wyse te baar. Daar sal ook nie enige formaliteite wees waaraan voldoen moet word nie, tensy die partye self formaliteite voorskryf vir die ooreenkoms.<sup>32</sup> Mits die ooreenkoms die partye se verpligtinge en regte voldoende en duidelik omskryf sal die ooreenkoms bepaald wees.

Die vereiste van wilsooreenstemming kan probleme veroorsaak en so ook die vereiste dat die kontrak geoorloof moet wees. Gevolglik sal hierdie twee vereistes hieronder ontleed word en sal daar slegs gefokus word op die aspekte wat relevant tot surrogaatmoederskap is.

#### 4 5 Wilsooreenstemming

Ten einde 'n geldige en afdwingbare kontrak te sluit, is dit nodig dat daar wilsooreenstemming tussen die partye ten tyde van kontraksluiting bestaan. Dit beteken dat die partye moet ooreenstem oor die feit dat hulle hulself wil verbind en dat hulle ook ooreenstemming

<sup>29</sup> Van der Merwe et al *Kontraktereg: Algemene Beginsels* (1994) 7.

<sup>30</sup> Sien ook Lubbe & Murray *Farlam & Hathaway Contract: Cases Materials Commentary* 3e uitg (1988) 19.

<sup>31</sup> Davel & Jordaan *Personereg Studentehandboek* (1994) 7.

<sup>32</sup> Lubbe & Murray *Contract* 181-191.



bereik het oor die besonderhede van die verbintenisse.<sup>33</sup>

Die surrogaatmoeder kan in hierdie verband argumenteer dat wilsooreenstemming nie bereik is nie, omdat sy nie behoorlik ingeligte toestemming gegee het toe sy die kontrak gesluit het nie. Hierdie argument van haar berus op die idee dat 'n vrou wat nog nie voorheen geboorte geskenk het aan 'n kind nie, nie bewus is van die band wat daar tussen haar en die kind kan ontwikkel nie.<sup>34</sup> Sy sal dus alles in haar vermoë probeer om die kind te hou. Hierdie tipe probleem regverdig die beperking van die kategorie vroue wat as surrogaatmoeders kan optree tot vroue wat reeds geboorte geskenk het.<sup>35</sup> Dit moet beklemtoon word dat dit slegs wilsooreenstemming binne die konteks van die surrogaatmoederskontrak is wat hier beoordeel word. So 'n kontrak is eiesoortig van aard en sekere emosies kan tot uiting kom wat andersins nie die geval is nie. Hierdie emosies kan die geldigheid van die wilsooreenstemming beïnvloed.

Onbehoorlik verkreeë wilsooreenstemming kan ook 'n probleem skep wat die geldigheid van die kontrak in gedrang kan bring. Die surrogaatmoeder kan argumenteer dat sy die kontrak gesluit het as gevolg van druk wat die opdraggewende ouers of selfs haar eggenoot op haar geplaas het. Dit is egter onseker watter mate van dwang voldoende sal wees om die geldigheid van die kontrak in gedrang te bring. Hierdie vraagstuk is veral relevant waar die surrogaatmoeder argumenteer dat haar swak finansiële omstandighede haar gedwing het om teen haar beter wete so 'n kontrak te sluit.<sup>36</sup>

Daar kan geargumenteer word dat surrogaatmoederskontrakte nie anders hanteer moet word as ander kontrakte nie. Daar is byvoorbeeld ook die algemene konsensus onder die

---

<sup>33</sup> Van der Merwe et al *Kontraktereg* 13.

<sup>34</sup> Field *Surrogate Motherhood* 71.

<sup>35</sup> Field *Surrogate Motherhood* 71 wys egter daarop dat selfs vroue wat alreeds geboorte geskenk het, soms probleme ervaar met die onverwagte emosies wat hulle oorval wanneer hulle die kind moet oorhandig.

<sup>36</sup> Field *Surrogate Motherhood* 70.



Amerikaanse publiek<sup>37</sup> dat *pacta sunt servanda* voorkeur geniet bo die vrou se behoefte om saam met haar kind te wees.<sup>38</sup> Lupton meen ook dat die vrou 'n eie vrye wil het en dat sy gevolglik met die keuses wat sy maak sal moet saamleef.<sup>39</sup>

Dit kom dus neer op die opweging van *pacta sunt servanda* teenoor die belang en behoefte van die vrou om saam met haar kind te wees. Vroue wat hulself vir surrogaatmoederskap beskikbaar stel sal dus behoorlike sielkundige evaluasie moet ondergaan om te verseker dat hulle beseft waartoe hulle toestem en wat die effek van hul swangerskap en die oorhandiging van die kind emosioneel op hulle sal hê. Daar moet ook voldoende inligting aan so 'n vrou beskikbaar gestel word ten einde te verseker dat sy 'n ingeligte besluit neem.

## 4 6 Geoorlooftheid van die kontrak

### 4 6 1 Die betekenis van geoorlooftheid

'n Geldige kontrak kan net tot stand kom indien dit geoorloof is. 'n Ongeoorloofde kontrak skep geen verbintenisse nie.

'n Ooreenkoms wat strydig is met wetgewing is onwettig.<sup>40</sup> Daar is egter niks in bestaande wetgewing wat tot die ongeoorlooftheid van 'n surrogaatmoederskapkontrak kan aanleiding gee nie.<sup>41</sup>

Die Wet op Menslike Weefsel<sup>42</sup> en die regulasies<sup>43</sup> in terme daarvan uitgevaardig, reël

<sup>37</sup> Surrogaatmoederskapsgevalle kom meer gereedelik voor in Amerika as in Suid-Afrika. Dit kan afgelei word uit die hoeveelheid hofsake wat al beslis is, byvoorbeeld *Doe v Kelly* 11-B-15, Wayne County Cir Ct January 1980, aff d d setnovo; *Doe v Attorney General* 307 NW 2d 438 (Mich, 1981) IV denied 1414 NW 2d, 875 (1982) cert denied, 103 Sct 834 (1983); *Drummond v Fulton County Department of Family and Children's Services* 563 F.2d 1200 (5th Cir. 1977) (en banc), cert. denied, 437 U.S. 910 (1978); *In the Matter of Baby M* 109 N.J. 396, 537 A. 2d 1254 (1988).

<sup>38</sup> Field *Surrogate Motherhood* 76.

<sup>39</sup> Lupton "Surrogate Parenting: The Advantages and Disadvantages" 1986 TRW 148 151.

<sup>40</sup> Pretorius *Surrogate Motherhood* 171.

<sup>41</sup> Sien hfst 3. Die Wet op Status van Kinders 82 van 1987 reël byvoorbeeld die status van kinders en bevat geen strafbepalings nie. Dit blyk dus nie dat 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms hierdie wet sou skend nie.

<sup>42</sup> 65 van 1983.

onder andere die posisie rondom die skenking van gamete en kunsmatige bevrugting. Aangesien surrogaatmoederskap teweeg gebring word deur middel van kunsmatige inseminasie, sal die medici betrokke die voorskrifte moet nakom ten einde vervolging te vermy. 'n Surrogaatmoeder kan ook strafregtelik vervolg word indien sy sou poog om haarself kunsmatiglik te bevrug, omdat slegs geneeshere so 'n prosedure mag uitvoer.<sup>44</sup>

Die wet en regulasies verbied egter nie surrogaatmoederskap nie. Solank as wat die geneesheer die nodige voorskrifte nakom en die surrogaat nie poog om haarself kunsmatiglik te bevrug nie, sal die kontrak geoorloof wees.

Die Wet op Kindersorg<sup>45</sup> skryf 'n verbod voor ten opsigte van betaling vir aanneming.<sup>46</sup> Ten einde hierdie probleem te oorbrug, behoort enige voorgestelde wetgewing 'n verbod op die betaling van die surrogaatmoeder vir meer as haar redelike uitgawes te plaas.

Die Wet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes<sup>47</sup> bepaal dat persone wat 'n kind se geboorte wil registreer, die korrekte inligting moet aangee.<sup>48</sup> Indien hulle valse inligting weergee, kan hulle strafregtelik vervolg word.<sup>49</sup> Die opdraggewende ouers mag dus nie valslik poog om hulself as die ouers van die kind te registreer nie. Hulle sal die kind moet aanneem, ten einde as sy wettige ouers erken te word.

'n Ooreenkoms kan ook ongeoorloof wees omdat dit teen die goeie sedes of teen die openbare belang en beleid is.<sup>50</sup> Die sluiting van sommige ooreenkomste is heeltemal verbode.<sup>51</sup> Ander ongeoorloofde ooreenkomste mag regtens gesluit word, maar is ongeoorloof as gevolg van die prestasie wat die inhoud daarvan uitmaak.<sup>52</sup> 'n Ooreenkoms

---

<sup>43</sup> GK R 1182 in SK 10283 van 1986-06-20 soos gewysig deur GK R 1354 in SK 18362 van 1997-10-17.

<sup>44</sup> A 34 van die wet en reg 14.

<sup>45</sup> 74 van 1983.

<sup>46</sup> A 24.

<sup>47</sup> 51 van 1992.

<sup>48</sup> A 31(1)(b).

<sup>49</sup> A 31(1)(b).

<sup>50</sup> Van der Merwe et al *Kontraktereg* 140. Dit kan wees dat surrogaatmoederskap gelyk gestel word aan handeldryf in kinders, in welke geval dit aldus ongeoorloof sal wees.

<sup>51</sup> Van der Merwe et al *Kontraktereg* 140.

<sup>52</sup> Van der Merwe et al *Kontraktereg* 141.



kan ook ongeoorloof wees weens die doel waarvoor dit gesluit word.<sup>53</sup> Indien surrogaatmoederskapskontrakte ongeoorloof is, is dit onseker in watter een van genoemde kategorieë dit val.

Dit is nie maklik om vas te stel of 'n ooreenkoms ongeoorloof is nie, omdat die bepaling daarvan afhang van die vergelyking en balansering van verskeie mededingende en teenstrydige belange.<sup>54</sup> Hierdie belange kan direk op die individuele belang van die partye of op die openbare belang betrekking hê.<sup>55</sup>

Die bewys van blote potensiële nadeel kan voldoende wees om die kontrak ongeoorloof te maak.<sup>56</sup> Hierdie oorweging is veral relevant by surrogaatmoederskapskontrakte waar die surrogaatmoeder byvoorbeeld kan bewys dat die ooreenkoms haar blootstel aan potensiële uitbuiting. Dieselfde gevolg sal voortvloei indien die ooreenkoms potensieel nadelig vir die verwekte kind is.

Indien die surrogaat 'n wins maak uit die ooreenkoms, kan die hof ook die kontrak ongeoorloof verklaar, weens die vooroordeel teen die kommersialisering van die menslike liggaam.<sup>57</sup>

Sou die surrogaatmoederskapsooreenkoms dan wel as ongeoorloof aangemerkt word, is dit steeds onseker of die kontrak *ab initio* nietig of bloot onafdwingbaar is. In die algemeen is 'n kontrak wat ongeoorloof is *ab initio* nietig.

Die belange van die partye sal dikwels verg dat die ooreenkoms nie nietig is nie, maar bloot onafdwingbaar. Dit sal beteken dat enige geld wat byvoorbeeld betaal is ingevolge so 'n ooreenkoms nie teruggevorder kan word nie. Andersyds moet oorweeg word of die gemeenskapsbelang verg dat die kontrak nietig moet wees. Indien dit wel die geval is, moet daar 'n

---

<sup>53</sup> Van der Merwe et al *Kontraktereg* 144.

<sup>54</sup> Van der Merwe et al *Kontraktereg* 145.

<sup>55</sup> Van der Merwe et al *Kontraktereg* 145.

<sup>56</sup> Van der Merwe et al *Kontraktereg* 146. Potensiële nadeel is egter nie die enigste faktor wat deur die hof oorweeg word nie.

<sup>57</sup> Sien 2.1 *supra* vir 'n bespreking van kommersiële surrogaatmoederskap.

opweging van hierdie twee teenstrydige belange plaasvind.<sup>58</sup>

#### 4 6 2 *Die effek van ongeoorlooftheid in die konteks van surrogaatmoederskapsooreenkomste*

Indien die ooreenkoms in die geheel ongeoorloof is, sal dit waarskynlik beter wees om dit as onafdwingbaar te beskou, ten einde die surrogaatmoeder te beskerm. Die gevolg hiervan sal wees dat die surrogaatmoeder nie gedwing kan word om die kind te oorhandig aan die opdraggewende ouers nie. Die opdraggewende ouers sal ook nie die vergoeding, wat hulle ingevolge die ooreenkoms oorhandig het, kan terugeis nie. Laasgenoemde is bloot billik, aangesien die surrogaat aan die kunsmatige bevrugting en swangerskap onderwerp is.

Dit is uit bogenoemde duidelik dat dit nodig is om die posisie rondom die ongeoorlooftheid, nietigheid en onafdwingbaarheid van die ooreenkoms uit te klaar. Wetgewing kan in hierdie verband van hulp wees deur sekere aangeleenthede, byvoorbeeld kommersialisering, aan te dui wat die kontrak ongeoorloof kan maak. Die houe kan dan die terme van die kontrak uitlê ten einde oor die ongeoorlooftheid van die kontrak as geheel te beslis.

#### 4 6 3 *Beleidsoorwegings wat die kontrak ongeoorloof kan maak*

Die res van hierdie hoofstuk sal gewy word aan die morele argumente wat 'n invloed kan hê op die openbare belang en die goeie sedes, die terme van die kontrak, die effek van ongeoorlooftheid en die sekerheid wat wetgewing in hierdie verband kan bring.

'n Kontrak wat strydig is met die *boni mores* kan ongeoorloof wees. Hierdie is 'n drastiese gevolg en daarom is dit belangrik dat daar helderheid oor die inhoud van die *boni mores* moet wees. Dit verwys na die regsoortuigings van die gemeenskap en is op die etiese, morele en sosiale persepsies van daardie gemeenskap gebaseer.<sup>59</sup> Die inhoud van die konsep wissel van gemeenskap tot gemeenskap en is grootliks pleks- en tydsgebonde.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Sien 4 6 4 *infra* vir 'n bespreking.

<sup>59</sup> Pretorius *Surrogate Motherhood* 174.

<sup>60</sup> Pretorius *Surrogate Motherhood* 174.



Die mees omvattende argument teen die geoorlooftheid van die surrogaatmoederskapskontrak is waarskynlik dat sekere aangeleenthede net nie deur middel van kontrak gereël behoort te word nie. Die besluit van partye om kinders te hê is hiervolgens so 'n private en delikate aangeleentheid dat die kontraktereg geen rol daarin behoort te speel nie.<sup>61</sup> Die meer aanvaarbare standpunt is dat die openbare beleid moet verander om aan te pas by tegnologiese vooruitgang en 'n veranderde wêreld.<sup>62</sup> Dit het nodig geword om te aanvaar dat hierdie tipe kontrakte wel 'n bestaansreg het.

Beleidsoorwegings wat veral relevant is ten opsigte van die surrogaatmoederskapskontrak word vervolgens bespreek.<sup>63</sup>

#### 4 6 3 1 Die verkoop van kinders

In die oë van die gemeenskap is die betaling van die surrogaatmoeder vir meer as haar redelike uitgawes uiters afkeurenswaardig. Die effek van so 'n betaling is dat die kind deur die opdraggewende ouers gekoop word. Daar word gepoog om die betaling te regverdig deur aan te voer dat dit vir die lewering van dienste is en nie vir die kind nie. Soos reeds aangedui is hierdie argument nie aanvaarbaar nie, omdat die partye poog om hierdeur die werklike aard van die transaksie te verdoesel.<sup>64</sup>

Field wys ook daarop dat die partye dikwels in die kontrak uitspel dat daar geen vergoeding sal wees nie, behalwe vir die redelike uitgawes. By nadere ondersoek blyk dit gewoonlik dat die partye wel mondelings ooreengekom het om die surrogaatmoeder 'n substansiële vergoeding te betaal.<sup>65</sup> Op hierdie wyse probeer die partye om die transaksie 'n skyn van geoorlooftheid te gee.

Daar is ook die argument dat 'n vrou meer uitgebuit word as sy nie betaal word nie.

---

<sup>61</sup> Field *Surrogate Motherhood* 78-79.

<sup>62</sup> Tager "Surrogate Motherhood, Legal Dilemma" 1986 *SALJ* 381 395.

<sup>63</sup> Beleidsoorwegings wat relevant is ten opsigte van surrogaatmoederskap in die algemeen is in hfst 2 bespreek.

<sup>64</sup> Sien 13-15 *supra* vir 'n bespreking.

<sup>65</sup> Field *Surrogate Motherhood* 19.

Feministe gryp hierdie argument aan deur te wys daarop dat nie-betaling in ooreenstemming is met die tradisionele idee dat vrouens nie betaal moet word vir die werk wat hulle doen nie.<sup>66</sup> Dit is egter so dat betaling van die surrogaatmoeder skadelik vir haar en vir die kind is, omdat hulle onder meer aan uitbuiting blootgestel kan word.<sup>67</sup> Die surrogaatmoeder word deur die belofte van 'n groot som geld gedwing om teen haar beter wete op te tree en die kind word as't ware 'n blote kommoditeit vir die partye.

Betaling van meer as die surrogaat se redelike uitgawes kan daarom nie geregverdig word nie en sal heel waarskynlik ongeoorloofdheid tot gevolg hê.

#### 4 6 3 2 'n Bepaling dat die surrogaatmoeder nie 'n aborsie mag hê nie

Dit is verstaanbaar dat die opdraggewende ouers 'n bepaling in die kontrak sal wil invoeg wat die surrogaatmoeder verbied om 'n aborsie te ondergaan. So 'n bepaling sal egter nie geoorloof wees ingevolge die Wet op Keuse op die Beëindiging van Swangerskap<sup>68</sup> en die Grondwet<sup>69</sup> nie.

Die surrogaatmoeder het ingevolge die Wet op die Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap<sup>70</sup> die reg om te besluit om die kind te aborteer, mits daar aan die bepalings van die wet voldoen word.<sup>71</sup>

Die Grondwet<sup>72</sup> waarborg dat die vrou 'n reg op menswaardigheid,<sup>73</sup> privaatheid,<sup>74</sup> liggaamlike integriteit<sup>75</sup> en vryheid van godsdiens, oortuiging en mening<sup>76</sup> het. Enige

---

<sup>66</sup> Field *Surrogate Motherhood* 26.

<sup>67</sup> Sien 9-13 en 16-23 supra.

<sup>68</sup> 92 van 1996.

<sup>69</sup> 108 van 1996.

<sup>70</sup> 92 van 1996.

<sup>71</sup> Sien Snyman *Strafreg* 4e uitg (1999) 442-446 vir 'n bespreking van hierdie wet en die grondwetlikheid daarvan. Dit is in terme van hierdie wet vir 'n vrou baie maklik om 'n aborsie op aanvraag te verkry.

<sup>72</sup> 108 van 1996.

<sup>73</sup> A 10.

<sup>74</sup> A 14.

<sup>75</sup> A 12(2).

<sup>76</sup> A 15.



kontraksbepaling wat haar verbied om 'n aborsie te verkry, sal noodwendig op hierdie regte inbreuk maak en ongeoorlooftheid tot gevolg hê.<sup>77</sup>

#### 4 6 3 3 Bepalings wat die surrogaatmoeder dwing om 'n bepaalde lewenstyl te handhaaf

Ten einde die gesondheid van die fetus te verseker, sal die opdraggewende ouers die surrogaat wil dwing om 'n bepaalde lewenswyse te handhaaf. Dit kan teweeggebring word deur die invoeging van sekere kontraksbepalings. Voorbeelde van sulke bepalinge kan insluit die verpligting om nie te rook of te drink nie en haarself aan amniosintese toetse te onderwerp.<sup>78</sup>

Die geoorlooftheid van hierdie kontraksbepalings word egter deur die Grondwet<sup>79</sup> in gedrang gebring vanweë die surrogaatmoeder se reg op privaatheid,<sup>80</sup> liggaamlike integriteit<sup>81</sup> en menswaardigheid.<sup>82</sup>

Selfs al sou sodanige bepalinge nie as ongeoorloof beskou word nie, is dit kwalik denkbaar dat 'n hof dit sal afdwing. Die enigste wyse waarop die hof die surrogaatmoeder sou kon dwing om die kontrak uit te voer, is deur haar vir die duur van haar swangerskap haar bewegingsvryheid te ontnem en 24 uur van die dag onder bewaking te hou.<sup>83</sup> So 'n bevel sal nie net ongrondwetlik wees nie, maar ook uiters onmenslik.

Indien 'n voornemende surrogaatmoeder voor die sluiting van 'n kontrak behoorlik geëvalueer word, kan haar lewenswyse met redelike sekerheid vasgestel word. Die opdraggewende ouers sou dan kon vasstel of sy geneig is tot ongesonde gewoontes wat die fetus kan benadeel.<sup>84</sup>

---

<sup>77</sup> Sien ook Rae *Ethics* 10.

<sup>78</sup> Field *Surrogate Motherhood* 66.

<sup>79</sup> 108 van 1996.

<sup>80</sup> A 14.

<sup>81</sup> A 12(2).

<sup>82</sup> A 10.

<sup>83</sup> Field *Surrogate Motherhood* 66.

<sup>84</sup> Dit is wenslik dat 'n voorgestelde wet die surrogaat verplig om haarself aan evaluasie te onderwerp.

Die surrogaatmoeder se optrede tydens haar vorige swangerskap(pe) sal ook 'n goeie aanduiding wees van wat die opdraggewende ouers van haar kan verwag gedurende haar surrogaatmoederskap. Dit is daarom van groot belang om in wetgewing te vereis dat die surrogaatmoeder alreeds op natuurlike wyse geboorte geskenk het.

#### 4 6 3 4 'n Vrywillige en ingeligte besluit

Die paternalistiese argument wat dikwels gemaak word, is dat die vrou sielkundige skade sal ly indien sy gedwing word om die kind te oorhandig na sy geboorte. Die kern van hierdie argument is dat 'n vrou nie 'n vrywillige en ingeligte besluit kan neem in die geval van 'n surrogaatmoederskapskontrak nie.<sup>85</sup>

Lupton meen dat 'n vrou die reg het om self te besluit oor die sluiting van kontrakte.<sup>86</sup> Selfs in die geval van surrogaatmoederskapskontrakte is daar geen rede waarom sy nie as party kan toetree en gebonde gehou word aan haar beloftes nie.

Die probleem wat egter bly staan is dat die surrogaatmoederskapskontrak 'n eiesoortige kontrak is wat van 'n vrou verwag om 'n deel van haarself weg te gee aan 'n ander. 'n Band vorm normaalweg tussen die moeder en die kind tydens die swangerskap, selfs indien die moeder en kind nie geneties aan mekaar verwant is nie.<sup>87</sup> Dit is daarom nodig om 'n oplossing te vind wat vir die surrogaatmoeder aanvaarbaar sal wees en tot gevolg sal hê dat sy so min as moontlik getraumatiseer word.<sup>88</sup>

#### 4 6 4 *Die opweging van belange*

Dit is nodig om die impak van die surrogaatmoederskapskontrak op die belange van die betrokkenes te oorweeg voordat 'n besluit oor die geoorlooftheid van die kontrak geneem kan word. Die belange wat hier ter sprake is, is die gemeenskapsbelang, die kind se belang

---

<sup>85</sup> Charo *United States: Surrogacy* in McLean (red) *Law Reform and Human Reproduction* (1992) 234.

<sup>86</sup> Lupton 1986 TRW 148 151.

<sup>87</sup> Die mening van Richard Gilbert, 'n Amerikaanse prokureur, soos aangehaal in *Hansard* 18 Junie 1997 Kol 4056.

<sup>88</sup> Sien 4 6 5 *infra*.



en die belange van die surrogaatmoeder en die opdraggewende ouers. Hierdie belange is dikwels kompetierend en 'n afweging is daarom nodig.<sup>89</sup>

Dit is denkbaar dat die afdwinging van 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms in die omstandighede van 'n bepaalde geval in die beste belang van die betrokke kind is. Aan die anderkant is dit in die beste belang van die kinders in die algemeen dat die staat 'n gevoel van sekuriteit skep deur die verbreking van ouerlike bande te verbied.<sup>90</sup> Laasgenoemde standpunt is veral regverdigbaar in die geval van kommersiële surrogaatmoederskap. Die gemeenskap vind dit onaanvaarbaar dat arm persone hul kinders vir geld verkoop en analoog hieraan kan die "verhuring" van reprodutiewe vermoëns vir geld ook veroordeel word.<sup>91</sup> Deur die gemeenskapsbelang in hierdie omstandighede swaarder te laat weeg, word die belang van kinders in die algemeen beskerm.

'n Verdere probleem is tot watter mate daar uiting gegee moet word aan die kontrakteervryheid van die partye. Dit kom paternalisties voor indien die staat sekere kontrakte, soos die kommersiële surrogaatmoederskapkontrak, in gemeenskapsbelang verbied, terwyl die partye self gelukkig is met die reëling.<sup>92</sup> Dit wil egter blyk dat die gevare wat uit hierdie tipe kontrakte kan voortvloei, van so 'n aard is dat staatsinmenging nie net geregverdig is nie, maar ook noodsaaklik.<sup>93</sup> Dit is welbekend dat die beginsel van kontrakteervryheid nie absoluut is nie en dat die partye se outonomie uitgeoefen moet word in ooreenstemming met die waardes van die samelewing.<sup>94</sup>

Uit die oogpunt van die surrogaatmoeder en die opdraggewende ouers kan geargumenteer word dat die gevare waarteen die staat die partye wil beskerm, so spekulatief van aard is dat

---

<sup>89</sup> Narayan *Family Ties: Rethinking Parental Claims in the Light of Surrogacy and Custody* in Narayan & Bartkowiak (reds) *Having and Raising Children: Unconventional Families, Hard Choices and the Social Good* (1999) 63-71; Field *Surrogate Motherhood* in Eekelaar & Sarcevic (reds) *Parenthood in Modern Society* (1993) 223-224.

<sup>90</sup> Field *Surrogate Motherhood* 27-28.

<sup>91</sup> Field *Surrogate Motherhood* 28.

<sup>92</sup> Field *Surrogate Motherhood* 29.

<sup>93</sup> Sien hfst 2 en die argumente daar gemaak.

<sup>94</sup> Van der Merwe et al *Kontraktereg* 10.



dit nie die verbod op surrogaatmoederskap in sy geheel regverdig nie.<sup>95</sup> Dit is nodig om die voordele en nadele van surrogaatmoederskap op te weeg voordat dit bepaal kan word of 'n verbod geregverdig is.

Daar is klaarblyklik die voordeel dat die opdraggewende ouers 'n kind kan kry wat geneties hul eie is. 'n Nadeel wat noodwendig uit surrogaatmoederskap voortvloei is dat reeds bestaande kinders 'n geleentheid ontsê word om aangeneem te word.<sup>96</sup> Die uiteinde hiervan sal die opweging van die opdraggewende ouers se belange teen die belange van reeds bestaande kinders wees. Moet die opdraggewende ouers se begeerte om 'n geneties verwante kind te hê swaarder weeg as die belange van die kinders wat wag om aangeneem te word?<sup>97</sup>

Die beste belang van die betrokke kind bly egter van deurslaggewende belang in 'n bepaalde geval en dit sal van die feite afhang of die verklaring van die kontrak as ongeoorloof sy belange sal dien. Die waarskynlikste oplossing vir hierdie probleme is die opstel van wetgewing wat die belang van die kind, wat verwek staan te word, as deurslaggewend beskou met in agneming van die belange van die gemeenskap en die betrokke partye.

#### 4 6 5 'n Geoorloofde kontrak wat onafdwingbaar is ter keuse van die surrogaatmoeder

Indien 'n kontrak nie enige ongeoorloofde terme bevat nie, lyk dit steeds onregverdig om die surrogaatmoeder te dwing om die kind te oorhandig aan die opdraggewende ouers. Indien die hof daadwerklike vervulling teen die wense van die surrogaatmoeder beveel, sou dit beteken dat die kind fisies van haar verwyder word en aan die opdraggewende ouers oorhandig word. So 'n proses sal nie net traumaties wees vir die surrogaat nie, maar kan die kind ook emosionele skade berokken.

Die oplossing in hierdie omstandighede is waarskynlik om die kontrak geoorloof, maar onafdwingbaar ter keuse van die surrogaat te verklaar.<sup>98</sup> Op hierdie wyse word die surrogaat

<sup>95</sup> Field *Surrogate Motherhood* 30.

<sup>96</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 20.

<sup>97</sup> Field *Surrogate Motherhood* 55 57.

<sup>98</sup> Field *Surrogate Motherhood* in Eekelaar & Sarcevic (reds) *Parenthood in Modern Society* (1993) 223.



se belange in aggeneem en word daar nie streng uiting gegee aan die *pacta sunt servanda* - beginsel (wat noodwendig tot onbillike gevolge kan lei) nie.

Hierdie benadering is nie in stryd met die tradisionele kontraktereg nie, want dit word erken dat daar kontrakte is wat afdwingbaar is ter keuse van een van die partye.<sup>99</sup> 'n Voorbeeld hiervan sal byvoorbeeld die opsiekontrak wees, waar die opsienemer die reg verkry om te besluit of hy die opsiekontrak wil afdwing of nie.<sup>100</sup>

'n Uitvloeisel van so 'n benadering sal wees dat die opdraggewende ouers gebonde sal wees aan die kontrak die oomblik wat die surrogaat swanger word, terwyl die surrogaat eers gebonde sal wees wanneer sy die kind fisies oorhandig aan die opdraggewende ouers.<sup>101</sup>

Alhoewel hierdie tipe benadering met die eerste oogopslag vreemd mag voorkom, moet daar onthou word dat dit nie 'n gewone tipe kontrak is nie en dat die belange ter sprake van 'n meer diepgaande aard is as die belange wat gewoonlik 'n rol speel in die kontraktereg. Dit is gevolglik nodig om 'n eiesoortige benadering tot surrogaatmoederskapskontrakte te volg.

Daar is 'n verdere rede om geoorloofde surrogaatmoederskapskontrakte as onafdwingbaar te beskou. Indien slegs ongeoorloofde surrogaatmoederskapskontrakte onafdwingbaar is, sal dit beteken dat die surrogaat wat die ongeoorloofde kontrak gesluit het die kind kan hou, terwyl die surrogaat met die geoorloofde kontrak dit nie kan doen nie. Dit is daarom net billik om die geoorloofde kontrak ook as onafdwingbaar te beskou.<sup>102</sup>

#### 4 6 5 1 'n Afkoel Periode

Voordat die surrogaatmoeder haar keuse kan uitoefen, behoort sy eers tyd gegun te word om na te dink oor die gevolge van haar keuse.<sup>103</sup> So 'n afkoelperiode is nie net billik nie, maar

---

<sup>99</sup> Field *Surrogate Motherhood* 81.

<sup>100</sup> Van der Merwe et al *Kontraktereg* 58-62.

<sup>101</sup> Field *Surrogate Motherhood* 97.

<sup>102</sup> Field *Surrogate Motherhood* 78.

<sup>103</sup> Field *Surrogate Motherhood* 90.

ook noodsaaklik gesien die emosionele toestand waarin sy sal verkeer na die kind se geboorte.<sup>104</sup> In die Engelse Reg word die vrou 'n tydperk van ses weke na die geboorte gegun waartydens sy 'n keuse kan maak.<sup>105</sup>

Dit is egter nodig om twee aspekte van hierdie afkoelperiode statutêr vas te lê. Eerstens behoort dit nie vir die surrogaatmoeder moontlik te wees om afstand te doen van haar reg om te besluit oor die afdwingbaarheid van die kontrak nie. Indien sy voor die verstryking van die afkoelperiode die kind aan die opdraggewende ouers oorhandig, behoort haar keuse nie regtens afdwingbaar te wees nie.<sup>106</sup> Sy kan dus steeds die kind terugeis.

Tweedens is dit nodig om statutêr 'n perk te plaas op die lengte van die periode<sup>107</sup> ten einde sekerheid vir al die betrokkenes te skep. Daarsonder kan die opdraggewende ouers nie sekerheid hê oor of hulle die kind gaan ontvang nie en verder sal dit nadelig wees vir die kind indien die surrogaat te lank wag om haar keuse uit te oefen. 'n Uiterste geval kan byvoorbeeld wees dat die surrogaat na twee jaar besluit om die kind te oorhandig aan die opdraggewende ouers. Die kind kan so geweldige emosionele skade berokken word.

#### 4 6 5 2 Wanneer verloor die surrogaatmoeder haar keusereg?

Indien die surrogaatmoeder die keuse gegun word om die kontrak onafdwingbaar te laat verklaar, is dit duidelik dat 'n afsnypunt benodig word om sekerheid vir die partye te skep. Dit is onaanvaarbaar dat die surrogaat 'n keuse kan uitoefen en dan weer van besluit verander.

Die oorhandiging van die kind behoort die afsnypunt te wees waarna die surrogaatmoeder nie meer haar keuse kan verander nie.<sup>108</sup> So 'n benadering sal regverdig wees teenoor die

---

<sup>104</sup> In die algemeen is 'n afkoelperiode kontroversieel. Die uitwerking van so 'n periode op onder andere die belange van die partye kan bevraagteken word.

<sup>105</sup> Clark "Surrogate Motherhood: Comment on the South African Law Commission's Report on Surrogate Motherhood (Project 65)" 1993 *SALJ* 769 777.

<sup>106</sup> Clark 1993 *SALJ* 778.

<sup>107</sup> Field *Surrogate Motherhood* 96.

<sup>108</sup> Field *Surrogate Motherhood* 89. Onderhewig aan die voorbehoud dat haar keuse slegs finaal is indien dit uitgeoefen is na die verstryking van die afkoelperiode.



kind en ook die opdraggewende ouers, omdat dit duidelik in niemand se belang is dat die kind soos 'n speelbal tussen die partye beweeg nie.<sup>109</sup>

Indien die surrogaatmoeder nie 'n keuse uitoefen tydens die afkoelperiode nie kan die aangeleentheid op een van twee wyses hanteer word. Eerstens bestaan die moontlikheid dat die aangeleentheid na die hof verwys word sodat daar beslis kan word wat in die beste belang van die kind is.

Alhoewel bogenoemde na 'n goeie oplossing lyk, is dit waarskynlik nie in die beste belang van die kind dat sy toekoms besluit word deur middel van 'n uitgerekte hofsaak nie. Teen die tyd wat die hof 'n uitspraak lewer kan dit nie meer wenslik wees om die kind van die surrogaat te skei nie vanweë die tydperk wat verloop het. Gewoonlik sal so 'n hofsaak 'n lang en uitgerekte proses wees, omdat beide partye hul geskiktheid as ouers sal wil bewys.

Die lang tydsverloop kan ook meebring dat daar altyd ten gunste van die surrogaatmoeder beslis word, omdat sy die kind die langste by haar gehad het.

Tweedens kan daar statutêr bepaal word dat die kontrak onafdwingbaar is, indien die surrogaat nie haar keuse uitoefen voor die verstryking van die afkoelperiode nie. Dit is waarskynlik dat sy die kind wil hou indien sy dit so moeilik gevind het om haar besluit te maak. Hierdie oplossing kan net bevredigend werk indien die surrogaatmoeder voor kunsmatige inseminasie behoorlik geëvalueer word vir haar geskiktheid om as surrogaat en moeder op te tree. Hierdeur kan verseker word dat sy wel 'n geskikte ouer vir die kind sal wees, sou sy besluit om hom nie te oorhandig nie.

Waar die surrogaatmoeder skuldig is aan bedrog of die opdraggewende ouers probeer afpers, behoort sy haar keusereg te verloor.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> Field *Surrogate Motherhood* 89.

<sup>110</sup> Field *Surrogate Motherhood* 98-103.

## (a) Bedrog deur die surrogaatmoeder

Die keusereg van die surrogaatmoeder laat die weg oop vir haar om die opdraggewende ouers te mislei. Niks verhoed haar om nie haar kant van die ooreenkoms na te kom nie, omdat sy die ooreenkoms onafdwingbaar kan laat verklaar. Sy kan reeds by kontraksluiting die opdraggewende ouers onder die indruk bring dat sy van plan is om die ooreenkoms *bona fide* na te kom, terwyl sy alreeds weet dat sy die kind vir haarself gaan hou.<sup>111</sup> Watter voordele kan 'n surrogaatmoeder hoop om te verkry deur bedrog te pleeg?

Sy kan die spermselle van die opdraggewende man verkry of die embrio van die opdraggewende egpaar. Dit is egter onwaarskynlik dat hierdie genetiese materiaal vir haar meer waardevol sal wees as die genetiese materiaal wat sy kan verkry deur haarself kunsmatiglik te laat bevrug sonder tussenkoms van die opdraggewende ouers.<sup>112</sup>

Die opdraggewende ouers sal vir die kunsmatige bevrugting en ander verbandhoudende onkoste betaal en dit kan vir die surrogaatmoeder van groot waarde wees.<sup>113</sup> Indien sy haarself kunsmatiglik wil laat bevrug, maar nie die finansies het vir die proses nie, sal dit haar baat om die opdraggewende ouers te bedrieg. Indien sy aanspreeklik gehou word vir bedrog, sal die opdraggewende ouers 'n eis vir skadevergoeding teen haar hê. Dit is egter onwaarskynlik dat die surrogaatmoeder in staat sal wees om skadevergoeding te betaal indien sy in elk geval nie die geld gehad het om die proses van kunsmatige bevrugting te finansier nie.<sup>114</sup>

Sy sal nie kan hoop om onderhoud van die opdraggewende vader te eis nie, selfs al is dit geneties sy kind. Die Wet op die Status van Kinders<sup>115</sup> en die Wet op die Natuurlike Vaders van Buite-Egtelike Kinders<sup>116</sup> bepaal tans dat die skenker van genetiese materiaal nie as die natuurlike vader van die kind beskou word nie. Dit sal meebring dat die kind geen

---

<sup>111</sup> Field *Surrogate Motherhood* 98.

<sup>112</sup> Field *Surrogate Motherhood* 99.

<sup>113</sup> Field *Surrogate Motherhood* 99.

<sup>114</sup> Field *Surrogate Motherhood* 100.

<sup>115</sup> 82 van 1987.

<sup>116</sup> 86 van 1997.



eis om onderhoud teen die opdraggewende man het nie.

(b) Afpersing van die opdraggewende ouers

As die surrogaatmoeder die reg het om die kontrak onafdwingbaar te laat verklaar, gee dit aan haar 'n geleentheid om die opdraggewende ouers uit te buit.<sup>117</sup> Sodra sy seker is dat die opdraggewende ouers se verwagtinge gevestig en hulle emosioneel gebonde is, kan sy hulle dreig om die kontrak onafdwingbaar te laat verklaar, tensy hulle haar meer geld betaal. Hierdie probleem is egter nie net beperk tot die reg van die surrogaat om die kontrak onafdwingbaar te laat verklaar nie. Sy kan ook dreig om 'n aborsie te ondergaan, tensy daar aan haar eise voldoen word.<sup>118</sup>

'n Verbod op surrogaatmoederskap sal nie aanleiding gee tot die bekamping van afpersing<sup>119</sup> nie. So 'n verbod sal net surrogaatmoederskap ondergronds dryf wat groter kanse vir uitbuiting en afpersing skep.<sup>120</sup> Daar bestaan dus twee moontlike oplossings. Eerstens kan die surrogaatmoeder haar keusereg ontnem word met die gevolg dat die kontrak soos enige ander kontrak behandel word.<sup>121</sup> Daar is egter reeds op gewys dat hierdie tipe kontrak eiesoortig is en dat dit nie soos die normale kontrak behandel kan word nie.<sup>122</sup> Die ontneming van die keusereg bied dus nie 'n oplossing nie.

Die beste metode om afpersing te bekamp is vir die wetgewer om te bepaal dat die surrogaatmoeder haar keusereg sal verloor sodra sy skuldig bevind word aan afpersing van die opdraggewende ouers.<sup>123</sup> Die kontrak sal dan soos enige ander kontrak behandel word

<sup>117</sup> Field *Surrogate Motherhood* 101.

<sup>118</sup> Field *Surrogate Motherhood* 101.

<sup>119</sup> Afpersing is 'n gemeenregtelike misdaad. Sien Snyman *Strafreg* 404-406.

<sup>120</sup> Tager 1986 *SALJ* 403.

<sup>121</sup> Field *Surrogate Motherhood* 102.

<sup>122</sup> Sien 4 6 5 *supra*.

<sup>123</sup> Field *Surrogate Motherhood* 102-103. Field wys daarop afpersing moontlik bekamp kan word deur die dreigement van skuldigbevinding aan afpersing, alhoewel dit nie noodwendig die geval sal wees nie. Die surrogaatmoeder kan sterk steun op die emosies van die opdraggewende ouers en die risiko neem dat hulle haar nie sal verkla nie. Sy kan byvoorbeeld dreig om 'n aborsie te ondergaan as hulle hulself na die polisie wend. Dit is 'n verdere rede om statutêr te bepaal dat die surrogaatmoeder geëvalueer moet word voordat 'n kontrak met haar gesluit word. Sodoende kan tot 'n groot mate verseker word dat sy nie negatiewe karaktertrekke het nie.



en sy sal verplig word om die kind aan die opdraggewende ouers te oorhandig, tensy die hof bevind dat oorhandiging nie in die beste belang van die kind is nie.

#### 4 6 6 *Skeibaarheid van ongeoorloofde terme*<sup>124</sup>

Indien die surrogaatmoederskapskontrak enige ongeoorloofde bepalinge bevat<sup>125</sup> kan die kontrak steeds geoorloof wees, mits daardie terme skeibaar van die res van die kontrak is.<sup>126</sup> Die ongeoorloofde dele van die kontrak sal skeibaar wees van die res van die kontrak, mits die kontrak deelbaar is.<sup>127</sup>

#### 4 6 7 *Gevolge van ongeoorloofdheid: ab initio nietig of bloot onafdwingbaar?*

Indien die ongeoorloofde bepalinge van die surrogaatmoederskapskontrak nie skeibaar is van die res van die kontrak nie, sal die kontrak in sy geheel ongeoorloof wees. Die gevolg hiervan kan wees dat die kontrak *ab initio* nietig of bloot onafdwingbaar is. Die hof het tot op hede nog geen enkele maatstaf neergelê om te bepaal wanneer 'n ongeoorloofde kontrak nietig sal wees en wanneer onafdwingbaar nie.<sup>128</sup>

Dit is veral problematies in die geval van kontrakte soos die onderhawige, waar die kontrak ongeoorloof is omdat dit teen die openbare belang of *boni mores* is. Vanweë die feit dat die inhoud van die openbare beleid en *boni mores* wissel, is die oomblik waarop die kontrak afdwinging wil word belangrik. Dit kan daarom verwag word dat die reg sodanige kontrakte nie as nietig sal beskou nie, maar eerder as onafdwingbaar omdat die kontrakte met die verloop van tyd aanvaarbaar kan word.<sup>129</sup>

<sup>124</sup> *Bal v Van Staden* 1903 TS 70; *Vernon v Schoeman* 1978 (2) SA 305 (D) 308.

<sup>125</sup> Soos byvoorbeeld dat die surrogaatmoeder vir meer as haar redelike uitgawes vergoed sal word.

<sup>126</sup> Daar heers tans onsekerheid in die reg of die res van 'n ooreenkoms geldig kan wees as die ongeoorloofde terme daarvan geskei word. Dit wil voorkom asof die kontrak in sommige gevalle wel geldig sal wees. Sien in hierdie verband Van der Merwe et al *Kontraktereg* 148-149.

<sup>127</sup> Van der Merwe et al *Kontraktereg* 232.

<sup>128</sup> Van der Merwe et al *Kontraktereg* 147.

<sup>129</sup> Van der Merwe et al *Kontraktereg* 148.



#### 4 7 Remedies in die geval van kontrakbreuk

Dit is nie noodsaaklik vir die doeleindes van hierdie tesis om in te gaan op die wyses waarop kontrakbreuk deur die partye gepleeg kan word en die remedies wat beskikbaar sal wees in so 'n geval nie.<sup>130</sup> Volledigheidshalwe kan daar wel gewys word op die volgende aspekte.

Daar is reeds tot die gevolgtrekking gekom dat die surrogaatmoederskapskontrak as geoorloof<sup>131</sup> maar onafdwingbaar ter keuse van die surrogaatmoeder beskou moet word.<sup>132</sup> Sou die surrogaatmoeder dan kies dat die kontrak onafdwingbaar moet wees, sal dit onredelik wees om die opdraggewende ouers toe te laat om skadevergoeding van haar te eis. Aangesien sy hierdie keusereg gegun word, kan sy nie gestraf word indien sy dit uitoefen nie. Hierdie benadering pas ook in by die hantering van natuurlike verbintenisse, ingevolge waarvan daar nie skadevergoeding geëis kan word uit die verbreking van sodanige verbintenis nie.<sup>133</sup>

As die kontrak onafdwingbaar is, sal daadwerklike vervulling nie 'n beskikbare remedie wees vir die opdraggewende ouers nie. Dis in elk geval te betwyfel of die hof daadwerklike vervulling as 'n remedie sal aanwend gegewe die hoogs persoonlike aard van die verpligtinge.<sup>134</sup>

Indien die hof die kontrak in die geheel ongeoorloof bevind, sal skadevergoeding nie beskikbaar wees nie. Die standpunt is tans dat skadevergoeding nie geëis kan word indien 'n kontrak ongeldig is weens ongeoorloofdheid nie.<sup>135</sup>

---

<sup>130</sup> Die fokus van hierdie tesis is om 'n voorstel te maak ten aansien van 'n wet wat vir Suid-Afrika geskryf kan word. Vir 'n volledige bespreking van kontrakbreuk en die beskikbare remedies, kan Pretorius *Surrogate Motherhood* 219-229 geraadpleeg word.

<sup>131</sup> Die kontrak sal geoorloof wees mits dit nie enige bepalings bevat wat strydig is met die openbare beleid of die *boni mores* nie.

<sup>132</sup> Sien 4 6 5 *supra*.

<sup>133</sup> Vgl *Halsey v Jones* 1962 (3) SA 484 (A).

<sup>134</sup> Tager 1986 *SALJ* 396.

<sup>135</sup> Van der Merwe et al *Kontraktereg* 146.

## 4 8 Die inhoud van die surrogaatmoederskapskontrak

### 4 8 1 *Inleiding*

In hierdie afdeling sal die basiese bepalinge van die kontrak uiteengesit word. Verdere bepalinge, wat ter keuse van die partye ingevoeg kan word, sal ook ontleed word. Die standaardkontrak, wat huidiglik in die praktyk gebruik word, het verskeie leemtes en onduidelike bepalinge. Dit is gevolglik nodig om hierdie kontrak krities te evalueer.

### 4 8 2 *Basiese bepalinge*

Sekere basiese bepalinge sal in die surrogaatmoederskapskontrak vervat moet word. Dit sal insluit dat die surrogaatmoeder haarself vir mediese en sielkundige evaluasie sowel as kunsmatige bevrugting beskikbaar moet stel.

Die opdraggewende ouers sal moet instem om die kostes wat verband hou met die swangerskap te dra. Hierdie kostes sal onder andere die volgende insluit: die kunsmatige bevrugting van die surrogaatmoeder, die regskostes wat die surrogaatmoeder sal moet aangaan ten einde die kontrak te sluit<sup>136</sup> en die kostes wat verband hou met die bevalling.

Die surrogaatmoeder sal ook moet instem om die kind aan die opdraggewende ouers te oorhandig nadat die afkoelperiode ten einde geloop het en ook om afstand te doen van haar ouerlike regte.<sup>137</sup> Ten spyte van laasgenoemde bepaling sal die kontrak ook moet bepaal dat die surrogaatmoeder die keuse het om die kontrak as onafdwingbaar te beskou en die kind te hou.

Surrogaatmoederskap vir gerief is moreel onaanvaarbaar<sup>138</sup> en daarom is dit nodig dat die

---

<sup>136</sup> Dit is wenslik dat die partye deur regsgeleerdes bygestaan word wanneer die kontrak gesluit word. Aangesien die surrogaatmoeder ander belange het as die opdraggewende ouers sal sy eerder haar eie prokureur moet hê.

<sup>137</sup> Pretorius "Surrogaat-Moederskap: Implikasie in die Suid-Afrikaanse Regstelsel" 1987 *De Rebus* 270.

<sup>138</sup> Sien hfst 2 vir 'n bespreking.



opdraggewende moeder skriftelik erken dat sy nie in staat is om op die normale wyse geboorte te skenk nie. Hierdie verklaring van haar moet bevestig word deur 'n mediese dokter ten einde te voorkom dat die opdraggewende vrou die surrogaatmoeder bedrieg.

#### 4 8 3 *Verdere bepalings*

Dit staan die partye vry om verdere geoorloofde bepalings in die kontrak te vervat en so die uniekheid van die geval te weerspieël.

Dit is in belang van die opdraggewende ouers dat die surrogaatmoeder niks doen wat die fetus kan benadeel nie. Derhalwe sal hulle bepalings wil insluit wat die surrogaatmoeder se optrede reguleer. Dit kan insluit dat sy nie mag rook, drink of dwelmmiddels mag gebruik nie, dat sy haarself aan amniosintesis onderwerp en dat sy nie 'n aborsie sal ondergaan nie.<sup>139</sup>

Hierdie bepalings kan egter deur 'n hof as ongeoorloof beskou word.<sup>140</sup> Dit sal gevolglik nodig wees om dit in die kontrak te stel dat die surrogaatmoeder die keuse het om te voldoen aan hierdie bepalings. Indien sy nie aan die bepalings wil voldoen nie, sal daar nie enige stappe teen haar geneem word nie. Dit wil dus voorkom of hierdie bepalings bloot aanwysend van aard sal wees.

'n Hof sal dit ook nie afdwing nie, vanweë die feit dat die ondernemings hoogs persoonlik van aard is.<sup>141</sup>

#### 4 8 4 *Kritiek op die standaardkontrak wat huidiglik in die praktyk gebruik word*

##### 4 8 4 1 *Inleiding*

Die standaardkontrak wat in hierdie afdeling ontleed sal word, word tans deur Tygerberg

---

<sup>139</sup> Tager 1986 *SALJ* 396.

<sup>140</sup> Sien 4 6 3 3 *supra*.

<sup>141</sup> Pretorius 1987 *De Rebus* 270 270.

Hospitaal gebruik en word as Aanhangsel A hierby aangeheg. Daardie bepalings wat regtens problematies van aard is, word vervolgens bespreek.

#### 4 8 4 2 Die partye tot die ooreenkoms

Ingevolge die kontrak is die partye tot die ooreenkoms die voornemende surrogaatmoeder, die opdraggewende man en sy vrou.<sup>142</sup> Die kontrak definieer die surrogaatmoeder op die volgende wyse:

"[An] adult, *married*<sup>143</sup> woman..."

Dit is daarom eienaardig dat die voornemende surrogaatmoeder se eggenoot nie as kontraksparty gevoeg word nie.<sup>144</sup> Daar kan geargumenteer word dat hy 'n kontraksparty behoort te wees, omdat die swangerskap van sy vrou sy gesinsverhouding op 'n direkte wyse raak.<sup>145</sup> Daar kan ingesien word dat hy moontlik ontevrede kan wees met sy vrou se besluit om 'n ander egpaar se kind te dra.

Die kontrak kan egter steeds ongeldig wees weens onmoontlikheid van die prestasie. Die bestaande regsposisie is dat die surrogaat en haar man die ouers van die kind is en dat hulle sal moet toestem tot die aanneming van die kind.<sup>146</sup> Slegs die surrogaat word deur die kontrak verplig om die opdraggewende ouers in staat te stel om die kind aan te neem.<sup>147</sup> Niks verplig haar eggenoot om sy toestemming te verleen nie en indien hy weier, sal die opdraggewende ouers die kind nie kan aanneem nie. Die gevolg sal dan wees dat die kontrak onmoontlik geword het om uit te voer.<sup>148</sup>

---

<sup>142</sup> Die beskikbare teks is in Engels en daarin word die opdraggewende ouers die *intended parents* genoem.

<sup>143</sup> My beklemtoning.

<sup>144</sup> Sy handtekening word nêrens vereis nie.

<sup>145</sup> Die regulasies, GK R 1182 in SK 10283 van 1986-06-20 soos gewysig deur GK R 1354 in SK 18362 van 1997-10-17, uitgevaardig in terme van die Wet op Menslike Weefsel 65 van 1983, vereis nie meer dat die getroude vrou se man moet toestem tot haar kunsmatige bevrugting nie. Reg 8(1) GK R 1182 in SK 10283 van 1986-06-20 het dit vereis, maar hierdie regulasie is geskrap deur GK R 1354 in SK 18362 van 1997-10-17.

<sup>146</sup> Sien hfst 3.

<sup>147</sup> Bepaling 5(1).

<sup>148</sup> Die doel van die kontrak is tog om die opdraggewende ouers in staat te stel om die kind te bekom.



#### 4 8 4 3 Ongeoorloofde bepalings

'n Hof kan die volgende bepalings in die standaardkontrak moontlik ongeoorloof bevind weens die feit dat dit die surrogaatmoeder se reg op privaatheid<sup>149</sup> en vryheid en sekuriteit van die persoon<sup>150</sup> kan skend. Bepaling 4(2) verbied die surrogaat om 'n moeder-kind band met die kind te vorm. Dit is ondenkbaar hoe so 'n bepaling daadwerklik deur 'n hof afgedwing gaan word.

Bepaling 6(3) vereis van die surrogaat om nie geslagsgemeenskap met haar eggenoot te hê in die tydperk waartydens sy kunsmatiglik bevrug word nie. Weereens sal dit byna onmoontlik wees om te verseker dat sy hierdie bepaling nakom.

Bepaling 6(5) vereis van die surrogaatmoeder om nie 'n aborsie te ondergaan nie, tensy dit gedoen word in ooreenstemming met die Wet op Aborsie en Sterilisasie.<sup>151</sup> Hierdie wet is herroep en vervang deur die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap<sup>152</sup> wat aan die vrou die geleentheid gee om makliker 'n aborsie te bekom as wat voorheen die geval was. Enige kontraksbepaling wat haar dus hierdie reg ontnem, sal in stryd met laasgenoemde wet wees, en gevolglik ongeoorloof.<sup>153</sup>

Die surrogaatmoeder stem ingevolge bepaling 6(6) in om nie deel te neem aan enige aktiwiteite wat moontlik skadelik vir die lewe en gesondheid van die kind kan wees nie. Hierdie bepaling kan bloot ingevolge die kontrak teen haar afgedwing word,<sup>154</sup> aangesien die fetus nie enige regte het nie.<sup>155</sup> Soos reeds geargumenteer, kan hierdie bepalings egter ongeoorloof wees weens inbreukmaking op haar grondwetlike regte.

Bepaling 6(7) en 6(8) vereis van die surrogaat om die normale voorgeboortelike mediese

---

<sup>149</sup> A 14 van die Grondwet van die RSA 108 van 1996.

<sup>150</sup> A 12 van die Grondwet van die RSA 108 van 1996.

<sup>151</sup> 2 van 1975.

<sup>152</sup> 92 van 1996.

<sup>153</sup> Sien 4 6 3 2 *supra* vir 'n bespreking hiervan.

<sup>154</sup> Indien dit aanvaar word dat die bepaling geoorloof en afdwingbaar is.

<sup>155</sup> *Christian Lawyers Association v Minister of Health* 1998 (4) SA 1113 (T).

ondersoek te ondergaan en om al die voorskrifte van haar geneesheer na te kom. Sy onderneem ook om nie enige medikasie te neem wat nie aan haar voorgeskryf is nie.

Indien die surrogaatmoeder kan afstand doen van die fundamentele regte wat sy in terme van die Grondwet<sup>156</sup> het, sal hierdie kontraksbepalings waarskynlik nie ongeoorloof wees nie. Dit is op hede onseker of 'n persoon in terme van die Suid-Afrikaanse Reg kan afstand doen van hul fundamentele regte.<sup>157</sup> Waarskynlik sal dit nie moontlik wees nie.<sup>158</sup>

Dit is duidelik dat die reg nie altyd tred hou met die vooruitgang in mediese tegnologie nie, en die vraag kan gevra word of die tyd nie aangebreek het om bogenoemde kontraksbepalings as geoorloof te beskou nie. Aangesien surrogaatmoederskap nou medies moontlik is, kan daar geargumenteer word dat die surrogaatmoeder se grondwetlike regte op legitieme wyse beperk kan word ten einde die ooreenkoms uitvoerbaar te maak.<sup>159</sup>

Bepaling 9(1) vereis van die surrogaatmoeder om alle risiko's te aanvaar, insluitend die risiko dat sy mag sterf, wat insidenteel is tot bevrugting, swangerskap, geboorte en na-geboortelike komplikasies. Hierdie tipe toestemming kan deliktueel *contra bonos mores* wees, maar aangesien dit verband hou met mediese behandeling kan daar geargumenteer word dat dit nie die geval is nie.<sup>160</sup>

#### 4 8 4 4 Diskriminerende bepalinge

Artikel 9(4) van die Grondwet<sup>161</sup> bepaal dat geen persoon regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand mag diskrimineer op een of meer van die gronde gelys in artikel 9(3) nie. Bepalings 1(1) en 3(3) van die standaardkontrak diskrimineer wel teen die voornemende opdraggewende ouers en die voornemende surrogaatmoeder.

---

<sup>156</sup> 108 van 1996.

<sup>157</sup> Sien die bespreking hfst 5.

<sup>158</sup> Hierdie aangeleentheid sal verder bespreek word in hfst 5.

<sup>159</sup> A 36 van die Grondwet van die RSA 108 van 1996 maak voorsiening vir die beperking van fundamentele regte.

<sup>160</sup> Neethling, Visser & Potgieter *Deliktereg* 3e uitg (1996) 101.

<sup>161</sup> 108 van 1996.



Bepaling 1(1) vereis dat die voornemende ouers getroud moet wees. Hierdie bepaling impliseer dat net 'n man en vrou opdraggewende ouers kan wees, aangesien net 'n man en vrou huidiglik wettiglik getroud kan wees.<sup>162</sup> Daar word dus direk gediskrimineer teen persone wat nie kan of wil trou nie. Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het dit in sy verslag gestel dat dit in die beste belang van die kind is om in 'n stabiele huis met getroude ouers groot te word.<sup>163</sup> Dit impliseer dat ongetroude persone nie 'n stabiele huis vir die kind kan skep nie. So 'n implikasie is blatant absurd in die een-en-twintigste eeu waarin daar 'n groot verskeidenheid van gesinsvorme voorkom en die nukleêre gesin alles behalwe die norm is.<sup>164</sup>

Dit is duidelik dat die kontrak aanleiding gee toe diskriminasie op grond van huwelikstatus en seksuele oriëntasie.<sup>165</sup> Indien die hospitaal van hierdie kontrak gebruik maak en weier om dit aan te pas ten einde ongetroude persone te akkommodeer, sal laasgenoemde die hof kan nader ten einde hul optrede ongrondwetlik te laat verklaar.<sup>166</sup>

Bepaling 3(3) van die standaardkontrak definieer die surrogaatmoeder as 'n getroude vrou. Dit sal beteken dat die ongetroude vrou nie as surrogaatmoeder kan optree nie. Weereens word daar op grond van huwelikstatus en seksuele oriëntasie gediskrimineer.<sup>167</sup> Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het ook in hul verslag aanbeveel dat 'n surrogaat getroud, geskei of 'n weduwee moet wees.<sup>168</sup> Die rede hiervoor was dat die regulasies<sup>169</sup> wat ingevolge die Wet op Menslike Weefsel<sup>170</sup> uitgevaardig is, op daardie stadium bepaal het dat slegs getroude vroue kunsmatiglik bevrug kan word.<sup>171</sup> Hierdie bepalings is intussen geskrap.<sup>172</sup>

<sup>162</sup> Bepaling 3(4) stel dit uitdruklik dat die voornemende ouers 'n man en 'n vrou moet wees.

<sup>163</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 153.

<sup>164</sup> *Narayan Family Ties* 65.

<sup>165</sup> A 9(4) saamgelees met a 9(3) van die Grondwet 108 van 1996.

<sup>166</sup> A 9(5) van die Grondwet 108 van 1996 bepaal dat diskriminasie op die gronde gelys in a 9(3) onbillik is, tensy dit vasgestel word dat dit billik is. Die hospitaal sal moet bewys dat die kontraksbepalings nie onbillik diskrimineer teen genoemde persone nie.

<sup>167</sup> A 9(4) saamgelees met a 9(3) van die Grondwet 108 van 1996.

<sup>168</sup> K1 3 van die Wetsontwerp op Surrogaatmoederskap.

<sup>169</sup> GK R 1182 in *SK* 10283 van 1986-06-20 soos gewysig deur GK R 1354 in *SK* 18362 van 1997-10-17.

<sup>170</sup> 65 van 1983.

<sup>171</sup> Reg 8(1).

<sup>172</sup> GK R 1354 in *SK* 18362 van 1997-10-17.



Daar bestaan dus geen rede om te weier dat 'n ongetroude vrou as surrogaatmoeder optree nie.

#### 4 8 4 5 Teenstrydige en onduidelike bepalings

Bepaling 1(2) stel dit dat die surrogaatmoeder 'n kind wil baar wat geneties verwant is aan albei opdraggewende ouers. Bepaling 2(1) en 2(2) herhaal dat die kind wat gebore word geneties verwant sal wees aan albei die opdraggewende ouers. Teenstrydig hiermee bepaal die kontrak in bepaling 3(4) dat die kind gebore sal word uit die gebruik van die ova of sperm van een of albei die voornemende ouers. Dit beteken dat net die genetiese materiaal van een van die ouers voldoende sou wees.

Hierdie onduidelikheid word verder vererger deur bepaling 4(1). Volgens hierdie bepaling word die voornemende vader die voornemende/genetiese vader genoem terwyl die voornemende moeder nie die genetiese moeder van die kind genoem word nie. Ingevolge hierdie bepaling stem die surrogaat in dat die embryo, geskep uit die sperm van die opdraggewende man en die ova van die opdraggewende vrou, in haar uterus geplaas word. Dit is dus duidelik dat die opdraggewende vrou die genetiese moeder sal wees, maar dit bots steeds met bepaling 3(4).

Hierdie bepalings skep onsekerheid oor die genetiese afkoms van die kind. Is dit voldoende dat net een van die ouers se genetiese materiaal gebruik word of vereis die kontrak dat albei s'n nodig is? Sodanige onduidelikhede in die kontrak moet ten alle koste vermy word.

#### 4 8 4 6 Die beste belang van die kind

Volgens bepaling 7(5) moet die surrogaat die kind oorhandig aan 'n voog wat aangewys is deur die opdraggewende ouers, sou laasgenoemde partye albei te sterwe kom. Dit is te betwyfel of so 'n bepaling noodwendig in die beste belang van die kind sal wees.

Waar die opdraggewende ouers nie die kind aangeneem het voor hul dood nie, kan hulle in elk geval nie 'n testamentêre voog vir die kind aanstel nie. Sou die surrogaat besluit om



hierdie bepalings teen te staan, sal dit vir die hof nodig wees om te besluit wat in die kind se beste belang is.

#### 4 8 4 7 Algemene opmerkings

Ten slotte kan 'n paar algemene opmerkings gemaak word oor drie bepalings. Bepaling 7(7) stel dit dat die hof sal besluit watter een van die twee opdraggewende ouers bewaring van die kind moet kry sou hulle skei *voordat* die kind gebore word. Daar word aan die hand gedoen dat hierdie bepaling nie regtens uitvoerbaar is nie. Die opdraggewende ouers sal eers die kind moet aanneem nadat hy gebore is. Daarna sal die hof kan besluit watter een van die twee ouers bewaring moet kry.

Bepalings 8(1) en 8(2) reël dat die partye aan fisiese en psigiese evaluasie onderwerp word en die bekendmaking van die resultate aan die teenparty. Hierdie bepalings behoort nie enige probleme te skep nie, omdat hierdie prosedure die kunsmatige bevrugting van die surrogaat voorafgaan. Sou een van die partye weier om die evaluasie te ondergaan, kan die teenparty(e) bloot weier dat die surrogaat geïmagineer word.

#### 4 8 4 8 Gevolgtrekking

Enige surrogaatmoederskapkontrak behoort duidelik en helder geformuleer te wees sodat daar nie onsekerheid oor die regte en die verpligtinge van die partye is nie. Hierdie tipe kontrak betrek mense se lewens op so 'n ingrypende wyse dat daar nie geleentheid geskep moet word vir onduidelikhede en dubbelsinnigheid nie. Daar behoort dus 'n regspraktisyn betrokke te wees wat die kontrak namens die partye kan opstel. Dit is ook wenslik dat die surrogaatmoeder bygestaan word deur haar eie regspraktisyn wanneer sy die kontrak onderteken, omdat haar belange verskil van die opdraggewende ouers s'n.

By die opstel van die kontrak behoort alle toepaslike wetgewing ook in ag geneem te word. Die voorstel wat in hierdie tesis gemaak word, is dat daar een enkele wet moet wees wat surrogaatmoederskap reël. Sodoende kan daar voorsiening gemaak word vir die eiesoortige



behoefte van die partye betrokke by die surrogaatmoederskapsooreenkoms.<sup>173</sup> Die bepaling wat in die kontrak vervat behoort te word, kan ook afgelei word uit so 'n wet. Verder behoort dit ook vir die partye groter duidelikheid te gee oor watter bepaling ongeoorloof sal wees.<sup>174</sup>

## 5 GEVOLGTREKKING

Alhoewel dit duidelik is dat wilsooreenstemming en geoorloofdheid die geldigheid van die surrogaatmoederskapkontrak in gedrang kan bring, is die probleme wel oorkombaar. Indien die surrogaatmoeder 'n sielkundige evaluasie<sup>175</sup> ondergaan voor kunsmatige bevrugting en bygestaan word deur 'n regspraktisyn tydens kontraksluiting, behoort wilsooreenstemming nie 'n probleem te skep nie.

Bepalings wat die kontrak ongeoorloof kan maak, is geïdentifiseer en kan uit die kontrak gelaat word. Indien daar onsekerheid heers oor die geoorloofdheid van enige ander bepaling wat die partye in die kontrak wil insluit, sal dit wys wees om 'n bepaling in die kontrak te plaas dat hierdie terme van die res van die kontrak skeikbaar is. Sodoende kan die kontrak steeds werking hê sonder die bepalinge.

Die slotsom waartoe gekom kan word, is dat daar 'n opweging van die belange van die surrogaatmoeder en die opdraggewende ouers moet wees. Die voorstel wat gemaak is, is dat die kontrak geoorloof en onafdwingbaar, ter keuse van die surrogaatmoeder, moet wees. Dit bevoordeel die surrogaatmoeder ten koste van die opdraggewende ouers, maar is regverdigbaar omdat die moeder-kind band een is waaraan die samelewing groot waarde heg. Dit is ook nie wenslik dat 'n kind met geweld van sy moeder verwyder word nie, selfs al is sy nie geneties verwant aan hom nie.

Die surrogaatmoeder word egter nie toegelaat om hierdie keusereg van haar te misbruik nie,

---

<sup>173</sup> Daar is in hfst 3 gewys daarop dat die wetgewing wat huidiglik van toepassing is op surrogaatmoederskap, nooit geskryf was met die oog daarop nie.

<sup>174</sup> Dit is duidelik uit die analise van die bestaande standaardkontrak dat dit nodig is vir die partye om sekerheid te verkry oor die geldigheid van sommige bepalinge.

<sup>175</sup> Wat kan verseker dat sy die aard, inhoud en gevolge van die proses verstaan.



deurdat daar omstandighede is waarin sy hierdie reg verloor. Deur haar reg te beperk word daar erken dat die middelpunt van die hele proses die kind is en dat daar na sy beste belange omgesien moet word.

Die standaardkontrak, wat huidiglik in die praktyk gebruik word, loop die gevaar dat dit ongeldig weens ongeoorloofdheid kan wees. Sekere bepalings sal ook in lyn gebring moet word met die Grondwet,<sup>176</sup> terwyl ander bepalings herformuleer moet word ten einde onduidelikhede uit die weg te ruim.

Surrogaatmoederskap en die surrogaatmoederskapskontrak is nie noodwendig immoreel nie.<sup>177</sup> Hierdie tipe proses kan geluk bring aan talle persone wat smag na kinders wat geneties hul eie is. Daar word voorgestel dat die voordele verbonde aan surrogaatmoederskap van so 'n aard is dat die tyd aangebreek het vir die gemeenskap om dit te aanvaar.

---

<sup>176</sup> 108 van 1996.

<sup>177</sup> Pretorius *Surrogate Motherhood* 191, 193.

## **HOOFSTUK VYF**

### **DIE BESTAANDE REGSPOSISIE: DIE GRONDWET<sup>1</sup>**

#### **1 INLEIDING**

Die Handves van Regte, soos in die Grondwet<sup>2</sup> vervat, sal 'n belangrike rol speel in enige wetgewing wat voorgestel word om surrogaatmoederskap te reguleer.<sup>3</sup> Dit sal daarom nodig wees om die bepalings van die Grondwet,<sup>4</sup> wat relevant kan wees, te ontleed.

Daar is in Hoofstuk Vier gewys op die moontlikheid dat sekere bepalings van 'n surrogaatmoederskapskontrak geoorloof kan wees indien die surrogaatmoeder van haar fundamentele regte afstand doen. Die beperking van fundamentele regte is ook hier van belang en albei aspekte sal in die loop van die hoofstuk aangespreek word.

#### **2 GELYKHEID<sup>5</sup>**

Die Grondwet<sup>6</sup> bepaal dat elkeen die reg het om alle regte en vryhede ten volle en gelyk te geniet.<sup>7</sup> Verder mag die staat of 'n persoon nie regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand diskrimineer nie.<sup>8</sup> Dit sou onder meer beteken dat enige wetgewing wat die staat voorstel om surrogaatmoederskap te reguleer en enige kontrak wat 'n instansie, soos byvoorbeeld 'n hospitaal, voorstaan nie onbillik teen 'n party mag diskrimineer nie.

Verskeie gronde waarop onbillik gediskrimineer kan word, word in artikel 9(3) gelys, alhoewel hierdie gronde nie 'n uitputtende lys is nie. Die gronde wat relevant kan wees tot 'n bespreking van surrogaatmoederskap is huwelikstaat, seksuele oriëntasie en ouderdom.

---

<sup>1</sup> Grondwet van die RSA 108 van 1996. 'n Verwysing na die Grondwet in hierdie afdeling, sal 'n verwysing na Wet 108 van 1996 wees.

<sup>2</sup> 108 van 1996.

<sup>3</sup> A 8(1) bepaal dat die Handves die wetgewende gesag bind en daarom sal die Grondwet van die RSA 108 van 1996 van toepassing wees op enige wet wat die lig sien.

<sup>4</sup> 108 van 1996.

<sup>5</sup> A 9 van die Grondwet.

<sup>6</sup> 108 van 1996.

<sup>7</sup> A 9(2) van die Grondwet.

<sup>8</sup> A 9(3) en (4) van die Grondwet.



Artikel 9(5) bepaal dat diskriminasie op een of meer van die gelysde gronde in artikel 9(3) *prima facie* onbillik sal wees tensy die teendeel vasgestel word.

## 2.1 Huwelikstatus

In hul Verslag oor Surrogaatmoederskap het die Suid-Afrikaanse Regskommissie tot die gevolgtrekking gekom dat hulle nie surrogaatmoederskap kan voorstaan vir persone wat nie getroud is nie.<sup>9</sup> Die rede wat die Kommissie hiervoor aangevoer het, was dat 'n kind verdien om in 'n stabiele gesin groot te word. Volgens die Kommissie sal so iets slegs moontlik wees indien die opdraggewende ouers getroud is.<sup>10</sup>

Deur ongetroude persone uit te sluit van surrogaatmoederskap, diskrimineer die Kommissie nie net op grond van huwelikstatus nie, maar ook op grond van seksuele oriëntasie.<sup>11</sup> Diskriminasie teen persone wat nie kan trou nie, sal volgens die Grondwet<sup>12</sup> onbillik wees, tensy daar vasgestel word dat die diskriminasie nie onbillik is nie.<sup>13</sup>

Sou die Konsepwetsontwerp op Surrogaatmoederskap wel die status van 'n wet verkry, sal die staat moet kan bewys dat hierdie diskriminasie geregverdig is. Empiriese getuienis sal aangevoer moet word om te bewys dat ongetroude, lesbiese of homoseksuele persone nie geskikte ouers sal wees nie. Navorsing het getoon dat daar geen bewyse is dat kinders wat deur enkelouers, homoseksuele of lesbiese persone groot gemaak is, 'n groter geneigdheid het tot sielkundige afwykings of probleme met hul geslagtelikheid nie.<sup>14</sup>

<sup>9</sup> SA Regskommissie *Verslag oor Surrogaatmoederskap* Projek 65 (1993) 153.

<sup>10</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 153.

<sup>11</sup> Homoseksuele persone kan nie in die huwelik bevestig word nie. Hierdie posisie sal waarskynlik binnekort verander weens die bepalinge van a 9 van die Grondwet.

<sup>12</sup> 108 van 1966.

<sup>13</sup> A 9(5) van die Grondwet.

<sup>14</sup> Clark "Surrogate Motherhood: Comment on the South African Law Commission's Report on Surrogate Motherhood (Project 65) 1993 *SALJ* 769 772. Sien ook Rae *The Ethics of Commercial Surrogate Motherhood: Brave New Families?* (1994) 19 wat aanvoer dat ongetroude persone nie noodwendig slegte ouers is nie; Paul "Growing Up with a Gay, Lesbian or Bisexual Parent: An Exploratory Study of Experiences and Perceptions" 1987 *The Humanities and Social Sciences* 2756-A; Bonthuys "Awarding Access and Custody to Homosexual Parents of Minor Children: A Discussion of *Van Rooyen v Van Rooyen* 1994 (2) SA 325 (W)" 1994 *Stell LR* 298 310; Viljoen "Signs of the Times: Changing attitudes under the New Constitution" 1995 *Stell LR* 232 234; Singh "Discrimination against Lesbians in Family Law" 1995 *SAJHR* 571; Golombok & Tasker "Children in Lesbian and Gay Families: Theories and Evidence" 1994 *Annual Review of Sex Research* 73 73-100.



Hierdie standpunt word byvoorbeeld deur die *Ontario Law Reform Commission* aanbeveel wat aanvoer dat Kunsmatige Inseminasie Skenker prosedures nie net tot getroude persone beperk moet word nie, omdat geskikte ouers daardeur uitgeskakel sal word.<sup>15</sup>

Indien die staat slegs op die grondslag van huwelikstatus wil reguleer wie ouers mag wees en wie nie, sal die individu se reg op gelykheid voor die reg geskend word.<sup>16</sup> Huwelikstatus is duidelik nie die belangrikste oorweging om vas te stel of iemand 'n geskikte ouer sal wees nie.<sup>17</sup>

Die Kommissie was ook nie ten gunste daarvan dat 'n ongetroude vrou as surrogaat optree nie.<sup>18</sup> Die Regulasies,<sup>19</sup> wat in terme van die Wet op Menslike Weefsel<sup>20</sup> uitgevaardig is, het op daardie stadium bepaal dat slegs getroude vroue kunsmatiglik bevrug kan word.<sup>21</sup> Hierdie bepaling is intussen geskrap.<sup>22</sup> Daar bestaan dus geen rede om te weier dat 'n ongetroude vrou as surrogaatmoeder optree nie.

## 2 2 Ouderdom

Dit is wenslik dat daar 'n beperking geplaas word op die ouderdom van die surrogaat. So 'n beperking sal nie onbillik diskriminerend wees nie, vanweë die feit dat dit nie aanvaarbaar is om 'n vrou wat te jonk of te oud is aan 'n swangerskap bloot te stel nie.<sup>23</sup>

'n Minderjarige sal nie 'n goeie kandidaat vir surrogaatmoederskap wees nie. Eerstens bestaan die gevaar dat ouers hul dogters kan uitbuit ten einde finansiële wins te maak. Hierdie gevaar kan te bowe gekom word deur te verbied dat minderjariges kunsmatiglik

<sup>15</sup> *Ontario Law Reform Commission Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters* (1986) 358 soos aangehaal deur Clark 1993 *SALJ* 772.

<sup>16</sup> A 9(1) van die Grondwet. Ongetroude persone sal uitgesluit word van deelname aan surrogaatmoederskap op grond van 'n wet.

<sup>17</sup> *Field Surrogate Motherhood: The Legal and Human Issues* (1988) 60.

<sup>18</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 158.

<sup>19</sup> GK R 1182 in *SK* 10283 van 1986-06-20 soos gewysig deur GK R 1354 in *SK* 18362 van 1997-10-17.

<sup>20</sup> 65 van 1983.

<sup>21</sup> Reg 8(1). Die surrogaat se eggenoot kan ook as 'n bron van emosionele ondersteuning dien - sien die *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 31.

<sup>22</sup> GK R 1354 in *SK* 18362 van 1997-10-17.

<sup>23</sup> Pretorius "Surrogate Motherhood: A Detailed Commentary on the Draft Bill" 1996 *De Rebus* 114 117.



bevrug word.

Tweedens is 'n minderjarige ook nie volwasse genoeg om die emosionele probleme te verwerk wat gepaardgaan met die oorhandiging van die baba aan 'n ander nie en sal sy nie 'n bevoegde besluit kan neem nie.<sup>24</sup>

Daar bestaan ook voldoende bewyse dat 'n vrou bo 'n sekere ouderdom nie medies geskik is om swanger te word nie. Verskeie komplikasies kan vir beide haar en die kind intree en dit is onwenslik om die partye aan hierdie risiko's bloot te stel.

Enige voorgestelde Wet op Surrogaatmoederskap behoort daarom die minimum en maksimum ouderdomsgrense vas te stel van geskikte kandidate vir surrogaatmoederskap.<sup>25</sup>

### 3 SURROGAATMOEDERSKAP SKEND MENSWAARDIGHEID

Menswaardigheid is 'n baie vae konsep en dit is moeilik om 'n presiese definisie te kry.<sup>26</sup> Selfs die Grondwet<sup>27</sup> wat in artikel 10 dit stel dat elkeen ingebore waardigheid het en die reg dat daardie waardigheid gerespekteer en beskerm word, definieer nie menswaardigheid nie. Daar kan geargumenteer word dat menswaardigheid pligte skep vir ander om die intrinsieke menswaardigheid van 'n persoon te respekteer.

Die reg op menswaardigheid beperk *prima facie* die individu se reg op outonomie en sy strewe na selfverwesenliking.<sup>28</sup> Die omvang van die beperking kan verskil na gelang van die presiese omvang van die plig en die metode en effektiwiteit van afdwinging.<sup>29</sup> Dit sal daarom nodig wees om elke geval individueel te oorweeg ten einde die omvang van die

<sup>24</sup> Pretorius 1996 *De Rebus* 117.

<sup>25</sup> Die maksimum ouderdomsgrens behoort in oorleg met die mediese professie vasgestel te word.

<sup>26</sup> Beyleveld en Brownsword "Human Dignity, Human Rights and Human Genetics" 1998 *Modern Law Review* 661 661.

<sup>27</sup> 108 van 1996.

<sup>28</sup> Selfs al sou die individu byvoorbeeld bereid wees om homself in slawerny te verkoop, sal hierdie tipe handeling neerkom op die skending van sy menswaardigheid. Dit is nie die individu self wat sy menswaardigheid skend nie, maar wel die teenparty wat hom koop.

<sup>29</sup> Beyleveld en Brownsword 1998 *Modern Law Review* 661 668.



beperking te bepaal.<sup>30</sup> So mag die gemeenskap dit in die geval van altruïstiese surrogaatmoederskap nie as 'n inbreukmaking op menswaardigheid beskou nie, omdat altruïsme sosiaal aanvaarbare waardes soos vrygewigheid en onselfsugtigheid weerspieël. By kommersiële surrogasie mag die gemeenskap se opinie verskil as gevolg van die feit dat geld hande verwissel en die kind in die oë van die gemeenskap verkoop word.<sup>31</sup>

Beyleveld en Brownsword meen dat menswaardigheid 'n basies brose konsep is wat vatbaar vir misbruik en verkeerde interpretasies is.<sup>32</sup> Die broosheid van die konsep lei daartoe dat dit vatbaar is vir 'n paradoks. 'n Voorbeeld van so 'n paradoks sou genadedood wees: 'n Persoon vereis genadedood ten einde sy waardigheid te beskerm, maar terselfdertyd kan genadedood hom geweier word juis omdat dit sy menswaardigheid skend.<sup>33</sup> Ten opsigte van surrogaatmoederskap kan geargumenteer word dat die reg op menswaardigheid inhou dat die vrou self besluite oor haar liggaam mag neem, maar aan die ander kant kan die wyse waarop sy besluit om haar liggaam aan te wend haar menswaardigheid skend.

Die argument wat geopper word is dat surrogaatmoederskap nie net die menswaardigheid van die kind wat gebore word skend nie, maar ook dié van die surrogaat.<sup>34</sup> Die menswaardigheid van die kind word geskend as gevolg van die feit dat surrogaatmoederskap nie inagneem dat die kind se ontwikkeling in die baarmoeder 'n integrale deel van sy persoonlikheidsontwikkeling is nie.<sup>35</sup>

Die surrogaat se menswaardigheid kan op verskeie maniere geskend word. Dit kan op die siening gebaseer word dat sy haar baarmoeder vir finansiële gewin gebruik<sup>36</sup> of weens die feit dat sy bevrug word met die uitsluitlike doel om die kind na geboorte weg te gee aan 'n ander.<sup>37</sup> Sy kan ook as 'n menslike broeikas gesien word wat ander se begeertes vervul. Sy

---

<sup>30</sup> Verslag oor Surrogaatmoederskap 16.

<sup>31</sup> Lupton "Surrogate Parenting: The Advantages and Disadvantages: 1986 *TRW* 148 152.

<sup>32</sup> Beyleveld en Brownsword 1998 *Modern Law Review* 661 662.

<sup>33</sup> Beyleveld en Brownsword 1998 *Modern Law Review* 661 661-662.

<sup>34</sup> Davies *Textbook on Medical Law* 2e uitg (1998) 253.

<sup>35</sup> Die opinie van die werkgroep oor *in vitro* bevrugting in die Bondsrepubliek Duitsland soos aangehaal deur die SA Regskommissie in hul Verslag oor Surrogaatmoederskap.

<sup>36</sup> Davies *Textbook* 253. Sien ook Lupton 1986 *TRW* 153.

<sup>37</sup> Davies *Textbook* 253-254.



word dus nie gesien as die moeder van die kind nie, maar as 'n metode van voortplanting.<sup>38</sup> Sy het wel die reg om self te besluit oor haar reprodktiewe potensiaal, maar wanneer sy as surrogaat optree, versterk sy die geslagstereotipe dat vroue se rol in die samelewing die van 'n moeder is.<sup>39</sup>

Die *Ontario Law Reform Commission* vergelyk die posisie van die surrogaatmoeder met die van 'n lewende persoon wat 'n nier skenk. Die optrede van die persoon is hoogs prysenswaardig, maar terselfdertyd kom dit net soos by surrogaatmoederskap daarop neer dat die ontvanger die skenker gebruik ten einde sy eie doeleindes te bevredig.<sup>40</sup> In hierdie konteks sou niemand argumenteer dat die optrede van die skenker sy menswaardigheid skend nie en tog is dit presies wat in die geval van surrogaatmoederskap gebeur. Derhalwe stel die Kommissie voor dat elke geval individueel oorweeg moet word ten einde die aanvaarbaarheid daarvan vas te stel en verwerp hulle die neerlê van 'n absolute beginsel dat niemand gebruik mag word deur 'n ander nie.<sup>41</sup> Die feite van die geval sal met ander woorde bepaal of die surrogaat se menswaardigheid geskend word of nie.

Aan die ander kant is daar die opinie dat die vrou se menswaardigheid nie geskend word as sy ingeligte toestemming gegee het om as surrogaatmoeder op te tree nie.<sup>42</sup> Sy is immers 'n individu wat outonoom haar besluite neem.

Uit die voorafgaande argument kan die konflik tussen die reg op menswaardigheid en outonomie gesien word. Elke persoon is vry om haarself te verwesenlik, maar dit kan ten koste van menswaardigheid geskied. Feministe sit ook tussen twee vure wat die outonomie versus menswaardigheid argument betref. Sommige argumenteer dat surrogaatmoederskap die vrou se menswaardigheid skend en haar verlaag tot 'n blote broeikas,<sup>43</sup> maar ander argumenteer dat die vrou outonoom is en haar eie besluite kan neem.<sup>44</sup> Laasgenoemde standpunt berus op kritiek teen die idee dat vrouens te emosioneel en weerloos is om self

---

<sup>38</sup> Rae *Ethics* 63.

<sup>39</sup> Rae *Ethics* 63.

<sup>40</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 16.

<sup>41</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 16.

<sup>42</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 16.

<sup>43</sup> Rae *Ethics* 56-57.

<sup>44</sup> Mason *Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood* (1990) 228.



besluite te neem wanneer dit om kinders gaan. Beide argumente is geldig, maar laat die feministiese standpunt in 'n impasse.<sup>45</sup>

Die gevolgtrekking waartoe gekom kan word is dat menswaardigheid selfverwesenliking kan strem omdat dit paternalisme bevorder.<sup>46</sup> Die staat kan met ander woorde paternalisties optree en surrogaatmoederskap verbied ten einde die surrogaat en die kind se menswaardigheid te beskerm. Terselfdertyd word die vrou se selfverwesenliking egter gestrem deur die beskerming. Derhalwe sal daar 'n balans gevind moet word tussen die vrou se reg op menswaardigheid en haar reg op outonomie ten einde die vrou se reg om as surrogaat op te tree, aanvaarbaar te maak.

#### **4 VRYHEID EN SEKERHEID VAN DIE PERSOON**

Die Grondwet<sup>47</sup> verskaf aan elkeen die reg op liggaamlike en psigiese integriteit, waarby ingesluit is die reg om besluite oor voortplanting te neem.<sup>48</sup> Hierdie reg is nou verwant aan die regte op menswaardigheid en privaatheid, omdat die reg om te besluit oor voortplanting nie daarsonder uitgeoefen kan word nie.<sup>49</sup>

Dit is moeilik om die reg op voortplanting<sup>50</sup> te definieer en die belang daarvan te bepaal, omdat opvattinge daarvoor beïnvloed word deur diverse faktore, insluitende ras, klas en huwelikstatus.<sup>51</sup> Indien voortplantingsregte bespreek word, is die fokus meestal op aborsie en voorkoming van swangerskap, maar in hierdie afdeling sal die reg van partye om 'n derde party te betrek by hul voortplanting bespreek word.

Die vraag wat ontstaan is of voortplantingsregte die reg insluit om die elemente van

---

<sup>45</sup> Charo *United States: Surrogacy in Law Reform and Human Reproduction* 1992 (red) SAM McLean 234.

<sup>46</sup> Beyleveld en Brownsword 1998 *Modern Law Review* 661 662.

<sup>47</sup> 108 van 1996.

<sup>48</sup> A 12(2)(a) van die Grondwet van die RSA 108 van 1996.

<sup>49</sup> Sien Moodley "Defining Reproductive Rights" 1995 *Agenda* 8 8 en Rae *Ethics* 4.

<sup>50</sup> Die reg om besluite te neem oor voortplanting sal noodwendig die reg om voort te plant moet insluit, anders sal eersgenoemde 'n niksseggende reg wees.

<sup>51</sup> Moodley 1995 *Agenda* 8-9.



voortplanting te skei en te herkombineer in samewerking met 'n derde party.<sup>52</sup> Met ander woorde, ideaal gesproke vind bevrugting *in vitro* plaas waarna die embrio(s) in die surrogaatmoeder ingeplant word. Sy dra die kind en oorhandig hom na geboorte aan die opdraggewende ouers.

Daar word geargumenteer dat voortplantingsregte wel die reg insluit om 'n derde party te betrek in die voortplantingsproses, vanweë die feit dat dit die wyse is waarop opdraggewende ouers hierdie reg kan uitoefen.<sup>53</sup> Die opdraggewende vrou se onvermoë om kinders te baar bring mee dat die betrokkenheid van 'n derde party genoodsaak word.<sup>54</sup> Om die opdraggewende ouers hierdie reg te ontsê is gelyk aan die skending van hul reg om besluite oor voortplanting te neem. Voortplantingsregte hou dus in dat partye nie hoef saam te leef met die onvermoë om kinders te baar nie, maar dat hulle die reg het om metodes te vind om hierdie probleem op te los.<sup>55</sup>

Alle fundamentele regte is aan beperking onderhewig en geld nie absoluut nie. Dit is veral in die konteks van ander se fundamentele regte wat die beperking van regte ontstaan, omdat een persoon se fundamentele regte beperk word deur 'n ander s'n.<sup>56</sup> In die geval van surrogaatmoederskap ontstaan die probleem dat die opdraggewende ouers se voortplantingsregte afgeweeë moet word teen die van die surrogaatmoeder, sou sy besluit om die kind te hou.<sup>57</sup> Regter Wilentz het byvoorbeeld die posisie in *In the Matter of Baby M* soos volg opgesom:

"To assert that Mr Stern's right of procreation gives him the right to the custody of Baby M would be to assert that Mrs Whitehead's right to procreation does not give her the right to the custody of Baby M."<sup>58</sup>

Een wyse waarop hierdie konflik opgelos kan word is om te bepaal dat die reg om voort te

---

<sup>52</sup> Rae *Ethics* 16.

<sup>53</sup> Field *Surrogate Motherhood* 47.

<sup>54</sup> Rae *Ethics* 18.

<sup>55</sup> Moodley 1995 *Agenda* 8. Sien ook Stevens "Reproductive Rights Alliance" 1996 *Health Systems Trust Update* 22 22.

<sup>56</sup> Die reg kan beperk word deur ander fundamentele regte of a 36 van die Grondwet van die RSA 108 van 1996. Sien ook *Bernstein v Bester NO* 1996 (4) BCLR 449 (CC) par 67.

<sup>57</sup> Rae *Ethics* 22-23.

<sup>58</sup> 109 N.J. 396, 537 A. 2d 1254 (1988).



plant nie die reg insluit om bewaring van die kind te kry nie. Hiervolgens sal die reg om voort te plant klaar uitgevoer wees wanneer die surrogaat swanger word.<sup>59</sup> Wat duidelik is, is dat die konflik tussen hierdie twee regte opgelos moet word voordat die betrokkenheid van 'n derde party as deel van die reg om voort te plant konstitusionele erkenning sal geniet.<sup>60</sup>

## 5 SLAVERNY

Kommersiële surrogaatmoederskap behels dat die surrogaat betaling vir meer as haar redelike uitgawes ontvang. Hieruit word dan afgelei dat die opdraggewende ouers effektief die kind koop. Hierdie koop en verkoop van die kind is analoog aan die verkoop van 'n slaaf, omdat beide die slaaf en die kind verlaag word tot die voorwerp van 'n kooptransaksie.

Die Grondwet<sup>61</sup> verbied die onderwerping van enige persoon aan slawerny in artikel 13. Die skending van die verbod kan vermy word deur kommersiële surrogaatmoederskap statutêr te verbied. Altruïstiese surrogaatmoederskap sal 'n aanvaarbare alternatief wees tot kommersiële surrogaatmoederskap, omdat die surrogaatmoeder slegs vir haar redelike uitgawes vergoed word. Die kind word gevolglik nie oorhandig in ruil vir gewin nie.

## 6 PRIVAATHEID

Artikel 14 van die Grondwet<sup>62</sup> waarborg dat elkeen 'n reg op privaatheid het. Die omvang van die reg op privaatheid is beperk tot die aspekte van 'n persoon se lewe of optrede ten opsigte waarvan 'n legitieme verwagting op privaatheid bestaan. Dit beteken dat die betrokkene 'n subjektiewe verwagting van privaatheid moet hê wat deur die gemeenskap as objektief redelik erken word.<sup>63</sup> Dit is juis ten opsigte van 'n persoon se liggaam, seksuele of ander intieme verhoudings wat 'n persoon 'n legitieme verwagting kan hê. Hieronder kan dus ingesluit word die surrogaat se gebruik van haar eie liggaam ten einde voort te plant.

---

<sup>59</sup> Field *Surrogate Motherhood* 49.

<sup>60</sup> Rae *Ethics* 23.

<sup>61</sup> 108 van 1996.

<sup>62</sup> 108 van 1996.

<sup>63</sup> De Waal et al *The Bill of Rights Handbook* (1998) 212. Sien ook die *Bernstein*-beslissing *supra* par 75 waar die Konstitusionele Hof bg toets, wat deur die Amerikaanse en Kanadese howe toegepas word, as verstandig beskou het.



Hierdie reg het, wat surrogaatmoederskap betref, twee dimensies. In die eerste plek kan daar gevra word of die staat nie die individu se reg op privaatheid skend indien dit wetgewing verorden wat voortplanting reguleer nie. Tweedens behoort partye wat betrokke is by surrogaatmoederskap se privaatheid beskerm te word, sodat hul ooreenkoms nie aanleiding gee tot 'n media sirkus nie.<sup>64</sup>

Die rasionaal vir die grondwetlike beskerming van die reg op privaatheid is om die staat en ander persone daarvan te weerhou om vir 'n ander voor te skryf hoe hulle hul private aangeleenthede moet hanteer.<sup>65</sup> Wat die staat aanbetref, moet daar dus gevra word of surrogaatmoederskap werklike nadeel veroorsaak en indien wel, of die nadeel van so 'n aard is dat die staat behoort of geregtig is om in te meng.<sup>66</sup>

Dit is duidelik dat kommersiële en gedeeltelike surrogaatmoederskap wel ernstige nadele tot gevolg kan hê,<sup>67</sup> byvoorbeeld dat vroue uitgebuit word en dat kinders verkoop word aan persone wat die hoogste bod kan maak. Die reg op privaatheid kan daarom beperk word en die staat moet inmeng en poog om die gevare en risiko's uit te skakel deur die besondere vorme van surrogaatmoederskap te verbied.

Selfs indien die staat nie sou inmeng nie, sal dit tot sekere gevolge aanleiding gee, naamlik dat partye vryelik surrogaatmoederskapsooreenkomste sal aangaan sonder in agneming van die risiko's wat sulke ooreenkomste mag inhou.

## 7 VRYHEID VAN OORTUIGING EN MENING

Verskeie kerke en ander belangegroepe is gekant teen surrogaatmoederskap. Die meerderheid van Christelike kerke sien dit as 'n onaanvaarbare inbreukmaking op die monogame aard van die huwelik.<sup>68</sup> Lede van die Familie- en Huweliksvereniging van Suid-Afrika (FAMSA) het

<sup>64</sup> *Malahoff v Strivers*, bespreek deur Tager "Surrogate Motherhood, Legal Dilemma" 1986 *SALJ* 381 392, was so 'n geval.

<sup>65</sup> De Waal et al *Handbook* 213.

<sup>66</sup> Field *Surrogate Motherhood* 50.

<sup>67</sup> Sien hfst 2.

<sup>68</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 13.

ook gevoel dat surrogaatmoederskap nie moreel aanvaarbaar is nie.<sup>69</sup>

Daar is ander groepe wat surrogaatmoederskap verwelkom, mits daar aan sekere vereistes voldoen word. Twee sulke groepe was die *Women's Bureau of South African* en die *National Council of African Women* wat ten gunste was van die Suid-Afrikaanse Regskommissie se voorstelle.<sup>70</sup>

Artikel 15(1) van die Grondwet waarborg dat hierdie uiteenlopende standpunte gehuldig kan word. Dit sou met ander woorde ook beteken dat die opdraggewende ouers en die surrogaatmoeder nie hul reg ontnem kan word om die mening te huldig dat surrogaatmoederskap die gepaste oplossing vir hul probleem is nie.

## **8 VRYHEID VAN BEDRYF, BEROEP EN PROFESSIE**

Die Grondwet<sup>71</sup> gee aan elke burger die vryheid om 'n beroep te kies en te beoefen.<sup>72</sup> Indien surrogaatmoederskap as 'n bedryf, beroep of professie gesien word, het die surrogaatmoeder die reg om hierdie aktiwiteit vryelik te beoefen, selfs al wil dit voorkom of die gemeenskap nie bereid is om te aanvaar dat 'n vrou haar baarmoeder uitverhuur as 'n bron van inkomste nie.<sup>73</sup>

Surrogaatmoederskap kan vir baie vroue 'n lonende beroep wees. Vir die vrou wat geen skoling het nie en self kinders van haar eie het om groot te maak, kan die ideale beroep een wees wat sy van die huis af beoefen. Deur middel van kommersiële surrogaatmoederskap kan so 'n vrou dan geld verdien en terselfdertyd na haar eie kinders omsien.<sup>74</sup> Dit sou tog geen doel dien om 'n beroep te beoefen sonder dat daar 'n vorm van vergoeding is nie en dit is slegs in die geval van kommersiële surrogaatmoederskap wat die vrou die geleentheid het om vergoed te word vir meer as haar redelike uitgawes.

---

<sup>69</sup> Verslag oor Surrogaatmoederskap 122.

<sup>70</sup> Verslag oor Surrogaatmoederskap 126.

<sup>71</sup> 108 van 1996.

<sup>72</sup> A 22 van die Grondwet.

<sup>73</sup> Lupton "The Right to Be Born: Surrogacy and the Legal Control of Human Fertility" 1989 *Medicine and Law* 483 490.

<sup>74</sup> Van Heerden et al *Boberg's Law of Persons and the Family* 2e uitg (1999) 348 vn 80.



Artikel 22 stel dit dat die beoefening van 'n bedryf deur die reg gereguleer kan word. Dit sou beteken dat surrogaatmoederskap net as 'n bedryf beoefen kan word indien die wetgewer kommersiële surrogaatmoederskap aanvaar. Op hede lyk dit nie asof so iets moontlik sal wees nie, vanweë die nadele en gevare verbonde daaraan.<sup>75</sup>

Om dieselfde rede sal die wetgewer waarskynlik ook 'n verbod plaas op agentskappe wat, teen vergoeding, surrogaatmoederskapsooreenkomste bewerkstellig. Hierdie tipe agentskappe is veral populêr in Amerika, maar dit is al hewig gekritiseer.<sup>76</sup> Die Prokureur-Generaal van die staat Kentucky het selfs probeer om so 'n agentskap se grondwet te herroep op grond daarvan dat die besigheid ongeoorloof was.<sup>77</sup>

Fundamentele regte vervat in die Handves van Regte geld nie altyd absoluut nie<sup>78</sup> en, gesien die gevare verbonde aan kommersiële surrogaatmoederskap, sal die reg om surrogaatmoederskap as 'n bedryf, beroep of professie te beoefen waarskynlik beperk word.<sup>79</sup>

## 9 GESONDHEIDSORG

Artikel 27(1)(a) van die Grondwet<sup>80</sup> bied aan elkeen die reg op toegang tot reprodktiewe gesondheidsorg. Dit sou beteken dat waar 'n vrou swanger is, sy die reg het om mediese behandeling te ontvang.<sup>81</sup>

Die moontlikheid bestaan dat 'n dokter statutêr verbied kan word om 'n surrogaatmoeder by te staan met haar swangerskap indien sy betrokke is by 'n kommersiële surrogaatmoeder-

<sup>75</sup> Sien 2 1 *supra*.

<sup>76</sup> Rae *Ethics* 43.

<sup>77</sup> Field *Surrogate Motherhood* 19.

<sup>78</sup> A 7(3) van die Grondwet.

<sup>79</sup> A 36 van die Grondwet.

<sup>80</sup> 108 van 1996.

<sup>81</sup> A 27(2) van die Grondwet bepaal dat die staat "binne sy beskikbare middele [hierdie reg] in toenemende mate [moet] verwesenlik." Die staat is dus nie verplig om hierdie behandeling te voorsien nie, tensy die staat dit kan bekostig. Dit is egter nie duidelik presies wat "in toenemende mate verwesenlik" sou beteken nie. Sien in hierdie verband Barberton "'Progressive Realisation' of Socio-Economic Rights" 1999 *ESR Review Economic and Social Rights in South Africa* 2 2. Wat wel duidelik is, is dat die staat sy beskikbare hulpbronne effektief en op 'n billike wyse moet benut. Sien in hierdie verband Pillay "Notification of AIDS and Health Rights" 1999 *ESR Review Economic and Social Rights in South Africa* 7 7.



skapsooreenkoms. Die rede wat vir hierdie verbod aangevoer kan word, is dat die dokter deelneem aan die onwettige betaling vir aanneming van 'n kind. Hy pleeg gevolglik 'n misdaad deur indirek 'n party tot die ooreenkoms te word.<sup>82</sup>

Ingevolge die Suid-Afrikaanse Grondwet<sup>83</sup> sal dit ongrondwetlik wees om sodanige surrogaat mediese behandeling te weier of die dokter wat haar bystaan strafregtelik te vervolg. Die wetgewer sal dus nie medici statutêr kan verbied om die surrogaat by te staan nie.

## 10 KINDERS

Artikel 28 van die Grondwet<sup>84</sup> sit die regte van kinders uiteen. Van besondere belang vir surrogaatmoederskap is artikel 28(2) wat bepaal dat 'n kind se beste belang deurslaggewend is in elke aangeleentheid wat die kind raak. In die konteks van hierdie bespreking is dit die belang van die surrogaat en opdraggewende ouers se reeds bestaande kinders, sowel as die belang van die kind verwek uit die ooreenkoms wat ter sprake is. Die verwekte kind se belang kan egter eers in aggeneem word wanneer hy gebore is en nie vooraf nie, omdat die onverwekte kind of die fetus nie as 'n regsobjek beskou word nie.<sup>85</sup> Sy belange kan egter swewend gehou word vanweë die werking van die *nasciturus* fiksie.<sup>86</sup>

Wat die surrogaat en die opdraggewende ouers se reeds bestaande kinders betref, sal die impak van die swangerskap op hulle oorweeg moet word. Die surrogaat se kinders kan sielkundig probleme ervaar indien hulle sien dat hul ma haar baba weggee.<sup>87</sup> Deur die kinders vooraf in te lig oor die reëling en die gevolge daarvan, kan enige onsekerhede wat

<sup>82</sup> Charo *United States: Surrogacy* in McLean (red) *Law Reform and Human Reproduction* (1992) 245. Hy kan selfs as 'n medepligtige aangemerkt word. Sien in hierdie verband Snyman *Strafreg* (1999) 270 wat 'n medepligtige omskryf as iemand wat 'n misdaad, wat deur 'n ander gepleeg word, opsetlik en wederregtelik bevorder deur die dader raad of hulp te gee.

<sup>83</sup> A 27(1) van die Grondwet.

<sup>84</sup> 108 van 1996.

<sup>85</sup> Die onverwekte kind en die fetus kan daarom nie die draers van fundamentele regte wees nie. Davel & Jordaan *Personereg Studentehandboek* (1994) 10.

<sup>86</sup> Davel & Jordaan *Personereg* 12-20; D 1 5 7, 1 5 26, 5 4 3, 50 16 231; Voet 1 5 5; De Groot 1 3 4; Van der Keessel *Praelectiones* 1 3 4; *Thesis Selectae* 45 5.

<sup>87</sup> Richard Gilbert, 'n prokureur van Kalifornië, se opinie soos aangehaal in *Hansard* 18 Junie 1997 Kol 4068-4069.



by hulle aanwesig mag wees uit die weggeruim word. Dit sal wenslik wees dat die surrogaat voor bevrugting hierdie aangeleentheid met haar kinders bespreek ten einde te verseker dat hulle die situasie verstaan en tevrede is daarmee.

Dieselfde oorwegings geld ten opsigte van die opdraggewende ouers se reeds bestaande kinders. Daar sal verseker moet word dat hulle die nuwe aankomeling sal aanvaar as deel van die gesin al was hul ma nie swanger met hom nie.

By geboorte van die kind, verwek uit die surrogaatooreenkoms, moet daar nie gefokus word op die moraliteit en etiese aanvaarbaarheid van die ooreenkoms nie. Die enigste faktor wat oorweeg moet word is die beste belang van die kind nou dat hy gebore is.<sup>88</sup> In die geval waar daar 'n dispuut ontstaan, sal dit dan die maatstaf wees waarvolgens die hof oor die kind se toekoms besluit.

Dit sou kon beteken dat die hof die surrogaatmoederskontrak nietig kan verklaar, weens die feit dat die kind se beste belang nie daardeur gedien word nie. Daar sou dan beslis moet word watter party meer geskik sal wees om die ouer van die kind te wees. Om die inhoud van die beste belang maatstaf te bepaal is egter nie 'n maklike taak nie. Die onvermoë om die gevolge van alternatiewe keuses te voorspel en die afwesigheid van konsensus oor watter faktore gebruik moet word om genoemde alternatiewe te oorweeg, blyk in die weg te staan van 'n gerieflike oplossing.<sup>89</sup> Wat wel duidelik is, is dat daar gelet sal moet word op die omstandighede van elke geval, aangesien daar verskeie faktore aanwesig is in elke situasie wat die beste belang van die betrokke kind kan beïnvloed.<sup>90</sup>

Die Kaapse Hooggeregshof (soos dit toe was) het in *McCall v McCall*<sup>91</sup> die volgende kriteria daargestel aan die hand waarvan die beste belang van die kind bepaal kan word:

---

<sup>88</sup> Sub nom *Re C (a Minor)* [1985] 2 FLR 848.

<sup>89</sup> Clark "A 'Golden Thread'? Some Aspects of the Application of the Standard of the Best Interest of the Child in South African Family Law" 2000 *Stell LR* 3 18; Heaton "Some General Remarks on the Concept 'Best Interests' of the Child" 1990 *THRHR* 95.

<sup>90</sup> Pretorius *Surrogate Motherhood: Legal Issues* (1991) 318.

<sup>91</sup> 1994 (3) SA 201 (CPD).



- (a) [T]he love, affection and other emotional ties which exist between parent and child and the parent's compatibility with the child;
- (b) the capabilities, character and temperament of the parent and the impact thereof on the child's needs and desires;
- (c) the ability of the parent to communicate with the child and the parent's insight into, understanding of and sensitivity to the child's feelings;
- (d) the capacity and disposition of the parent to give the child the guidance which he requires;
- (e) the ability of the parent to provide for the basic physical needs of the child, the so-called 'creature comforts', such as food, clothing, housing, and other material needs such as the provision of economic security;
- (f) the ability of the parent to provide for the education, well-being and security of the child, both religious and secular;
- (g) the ability of the parent to provide for the child's emotional, psychological, cultural and environmental development;
- (h) the mental and physical health and moral fitness of the parent;
- (i) the stability or otherwise of the child's existing environment, having regard to the desirability of maintaining the *status quo*;
- (j) the desirability or otherwise of keeping siblings together;<sup>92</sup>
- (k) the child's preference, if the court is satisfied that in the particular circumstances the child's preference should be taken into consideration;<sup>93</sup>
- (l) the desirability or otherwise of applying the doctrine of same sex matching; [whether a boy should be placed in the custody of his father and a girl in the custody of the mother];<sup>94</sup> and
- (m) any other factor which is relevant to the particular case with which the court is concerned.<sup>95</sup>

<sup>92</sup> In die geval van surrogaatmoederskap sal hierdie faktor nie van veel belang wees nie, aangesien die kind in die meeste gevalle nie geneties verwant sal wees aan die surrogaat se ander kinders nie.

<sup>93</sup> Hierdie oorweging sal nie 'n rol speel by surrogaatmoederskap nie, omdat die kind nog 'n baba is wanneer die hof 'n besluit sal moet neem.

<sup>94</sup> In die geval van surrogaatmoederskap sal hierdie faktor nie in aggeneem kan word nie, omdat dit nie hier gaan om twee ouers wat besluit het om nie meer saam te woon nie.

<sup>95</sup> 205 A-F.



Die vermoë van die partye om die omstandighede van die kind se verwekking die beste aan hom te verduidelik met die minste verwarring en grootste emosionele ondersteuning sal ook 'n belangrike rol speel in die oorweging van wie voorgedryf oor die kind moet kry.<sup>96</sup>

Daar heers ook onsekerheid oor die waardes wat 'n rol moet speel by die bepaling van wat in die beste belang van die kind is. Dit word grootliks teweeggebring deur die heterogene aard van die Suid-Afrikaanse bevolking met sy verskeidenheid van idees rondom lewenstyle, moraliteit, die grootmaak van kinders en geloof.<sup>97</sup>

Die hof sal dit deur die reeds geïdentifiseerde faktore en veral die feite van die geval moet laat lei om te bepaal wat in die beste belang van die kind is.<sup>98</sup> Uiteindelik kan die hof nie die ideale situasie skep nie, maar bloot poog om te doen wat die beste vir die kind in die betrokke omstandighede is.<sup>99</sup>

## 11 AFSTANDDOENING VAN FUNDAMENTELE REGTE

In Hoofstuk Vier is bepalings bespreek wat die surrogaatmoederskapskontrak ongeoorloof kan maak. Dit sal byvoorbeeld bepalings insluit wat die surrogaat verbied om 'n aborsie te ondergaan of aan haar voorskryf om 'n bepaalde lewenstyl te handhaaf. Daar is ook genoem dat hierdie ongeoorloofdheid moontlik oorkom kan word indien die surrogaat van haar fundamentele regte kan afstand doen.<sup>100</sup>

Dit is waarskynlik nie moontlik vir 'n persoon om afstand te doen of toe te stem tot die beperking van die fundamentele regte wat hy ingevolge die Grondwet<sup>101</sup> het nie. Artikel 2 van die Grondwet<sup>102</sup> bepaal dat die Grondwet<sup>103</sup> die hoogste reg is en dat enige regsvoorskrif of optrede onbestaanbaar daarmee, ongeldig is. Indien 'n kontrak vereis dat 'n

---

<sup>96</sup> Pretorius *Surrogate Motherhood* 323.

<sup>97</sup> Clark 2000 *Stell LR* 18.

<sup>98</sup> Die SA Regskommissie se Voorgestelde Wetsontwerp op Surrogaatmoederskap gee in klousule 6(1)(g) aan die hof 'n diskresie om te bepaal of dit in die algemeen wenslik is om die ooreenkoms te bekragtig.

<sup>99</sup> Pretorius *Surrogate Motherhood* 320.

<sup>100</sup> Sien 91 *supra*.

<sup>101</sup> 108 van 1996.

<sup>102</sup> 108 van 1996.

<sup>103</sup> 108 van 1996.

persoon afstand doen of toestem tot die beperking van sy fundamentele regte, wat verskans word in die Grondwet,<sup>104</sup> sal die kontrak in stryd met die Grondwet<sup>105</sup> wees en gevolglik ongeldig.

Selfs waar die surrogaat poog om afstand te doen of toestem tot die beperking van haar regte uit eie vrye wil, sal haar optrede heel moontlik ongeldig wees. Dit sal die geval wees omdat die Grondwet<sup>106</sup> aan haar regte verleen en sy strydig met die Grondwet<sup>107</sup> optree deur afstand te doen of toe te stem tot die beperking van daardie regte.

## 12 GEVOLGTREKKING

Die Handves van Regte het 'n groot rol te speel in die regulering van surrogaatmoederskap. Die uitsluiting van sekere kategorieë persone as surrogaatmoeders sal grondwetlik regverdigbaar moet wees ten einde nie die gelykheidsklousule te skend nie. So ook sal 'n wet wat surrogaatmoederskap reël sensitief moet wees vir die beskerming van die partye se menswaardigheid, sonder om inbreuk te maak op die partye se privaatheid en outonomie om keuses rondom voortplanting te neem.

Surrogaatmoederskap as 'n professie, beroep of bedryf sal waarskynlik nie regverdigbaar wees nie vanweë die gevare verbonde aan die kommersialisering van die praktyk. Terselfdertyd kan 'n dokter wat 'n surrogaatmoeder bystaan nie vervolg word sou sy 'n party tot so 'n kommersiële ooreenkoms wees nie. So 'n vervolging sal nie alleen die surrogaat se reg op gesondheidsorg skend nie, maar ook die lewe van die ongebore kind in gevaar plaas.

Die beste belang van die kind gebore uit die ooreenkoms en die reeds bestaande kinders van die partye is die deurslaggewende faktor in die reëling van surrogaatmoederskap. Die inhoud van hierdie maatstaf is onseker, maar dit bly van kardinale belang om ruimte te laat vir die oorweging van elke situasie op eie meriete. Geen twee gevalle sal dieselfde wees nie en daar

---

<sup>104</sup> 108 van 1996.

<sup>105</sup> 108 van 1996.

<sup>106</sup> 108 van 1996.

<sup>107</sup> 108 van 1996.



kan slegs gepoog word om die beste oplossing in die omstandighede te vind.

Die ongeoorlooftheid van sekere bepalinge van 'n surrogaatmoederskapskontrak sal nie gered kan word deurdat die surrogaatmoeder afstand doen of toestem tot die beperking van haar fundamentele regte nie. Wetgewing sal in hierdie verband die beste oplossing bied deur dit vooraf aan die partye duidelik te maak watter terme tot ongeoorlooftheid kan aanleiding gee. Sodoende sal die kontrak gestruktureer kan word op 'n wyse wat dit geldig maak.

Voorgestelde wetgewing sal met al hierdie faktore rekening moet hou indien dit grondwetlik regverdigbaar gaan wees. Sodanige grondwetlike regverdigbaarheid sal nie net in lyn wees met die oppergesag van die Grondwet<sup>108</sup> nie, maar sal ook verseker dat die partye optimale beskerming geniet.

---

<sup>108</sup>

108 van 1996.

# HOOFSTUK SES

## DIE BESTAANDE REGSPOSISIE: DIE SUID-AFRIKAANSE REGSKOMMISSIE SE KONSEPWETSONTWERP OP SURROGAATMOEDERSKAP

### 1 INLEIDING

In 1992 het die Suid-Afrikaanse Regskommissie hul Verslag oor Surrogaatmoederskap<sup>1</sup> gepubliseer. Die besluit om hierdie ondersoek te loods, was hoofsaaklik geneem omdat dit in 1987 bekend geword het dat die ouma van Tzaneen as surrogaatmoeder vir haar dogter optree.<sup>2</sup> Die Kommissie se uiteindelijke aanbeveling was dat surrogaatmoederskap nie verbied of gekriminaliseer moet word nie, maar dat dit eerder statutêr gereguleer word.<sup>3</sup>

Die Kommissie het 'n Voorgestelde Wetsontwerp op Surrogaatmoederskap daargestel.<sup>4</sup> Hierdie Wetsontwerp is op 14 Junie 1995 in die Staatskoerant gepubliseer sodat skriftelike verhoër aan die Gekose Komitee oor die Verslag van SA Regskommissie oor Surrogaatmoederskap (Nasionale Vergadering) gerig kon word.<sup>5</sup> 'n Memorandum ter verduideliking van die Voorgestelde Wetsontwerp het die publikasie vergesel.

Dit is, onder andere, die doel van hierdie hoofstuk om die voorgestelde wetsontwerp krities te analiseer in die lig van die Grondwet wat in werking getree het sedert eersgenoemde gepubliseer is. Uit Hoofstuk Vyf kan afgelei word dat die Grondwet<sup>6</sup> 'n betreklik dramatiese impak op die wetsontwerp sal hê.

---

<sup>1</sup> SA Regskommissie *Verslag oor Surrogaatmoederskap* Projek 65 (1993).

<sup>2</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 3-4.

<sup>3</sup> Clark "A 'Golden Thread'? Some Aspects of the Application of the Standard of the Best Interest of the Child in South African Family Law" 2000 *Stell LR* 3 14 som die Suid-Afrikaanse Regskommissie se benadering goed op.

<sup>4</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 166-173. Enige verdere verwysing in hierdie hoofstuk na die wetsontwerp of 'n klousule, sal 'n verwysing wees na genoemde wetsontwerp en die klousules daarvan.

<sup>5</sup> Algemene Kennisgewing 512 gepubliseer in *SK* 16479 van 1995-06-14.

<sup>6</sup> 108 van 1996.



Die tekortkominge van die wetsontwerp sal ook aangespreek word en voorstelle sal gemaak word om hierdie gebreke aan te vul. Algemene kommentaar sal gelewer word op die bepalings van die wetsontwerp en aspekte van die *Ad hoc* Komitee se verslag sal ook oorweeg word.

## **2 DIE IMPAK VAN DIE GRONDWET<sup>7</sup>**

### **2 1 Inleiding**

Sedert die Regskommissie die wetsontwerp voorgestel het, het die Grondwet<sup>8</sup> in werking getree met die gevolg dat sekere van die klousules nie grondwetlik regverdigbaar is nie. Die gelykheidsklousule<sup>9</sup> het die grootste impak vanweë die Kommissie se aanbevelings dat surrogaatmoederskap net tot sekere persone beperk moet word.

Die uitwerking van die Grondwet<sup>10</sup> op sekere van die bepalings sal in hierdie afdeling oorweeg word en aanbevelings sal gemaak word om die klousules grondwetlik aanvaarbaar te maak.

### **2 2 Die kwalifikasies van die opdraggewende ouers**

Klousules een en vier van die wetsontwerp vereis dat die opdraggewende ouers regtens met mekaar getroud moet wees en gesamentlik as sodanig moet optree. Niemand anders is bevoeg om as opdraggewende ouers 'n geldige surrogaatmoederskapsooreenkoms te sluit nie.

Hierdie vereistes sluit noodwendig ongetroude persone uit van die geleentheid om as opdraggewende ouers op te tree. Die Kommissie se regverdiging van hierdie vereiste was dat die kind wat verwek word verdien om binne 'n gelukkige en stabiele gesinsomgewing groot

---

<sup>7</sup> 108 van 1996.

<sup>8</sup> 108 van 1996.

<sup>9</sup> A 9 van die Grondwet van die RSA 108 van 1996.

<sup>10</sup> 108 van 1996.

te word.<sup>11</sup> Soos reeds in Hoofstuk Vier bespreek, is daar geen getuienis dat 'n kind wat binne 'n enkelouer gesin grootword, ongeag die ouer se seksuele oriëntasie, enigsins emosionele skade lei nie. 'n Persoon se huwelikstatus kwalifiseer hom nie outomaties as 'n goeie ouer nie.<sup>12</sup>

Die vereiste sluit ook persone uit wat getroud is volgens die inheemse reg of volgens godsdienstige reg. In die regulasies, wat uitgevaardig is ingevolge die Wet op Menslike Weefsel,<sup>13</sup> sluit die term "huwelik" in 'n huwelik wat by wyse van kontrak gesluit is en wat ingevolge enige wet of die inheemse reg 'n huwelik daarstel.<sup>14</sup> Daar is egter geen ooreenstemmende definisie in die wetsontwerp nie,<sup>15</sup> waaruit die afleiding gemaak moet word dat hierdie verbintenisse nie as huwelike erken word nie.

Die gelykheidsklausule<sup>16</sup> in die Grondwet<sup>17</sup> bring mee dat diskriminasie op grond van huwelikstatus en seksuele oriëntasie ongrondwetlik is. Artikel 15 van die Grondwet<sup>18</sup> maak voorsiening vir die daarstel van wetgewing wat erkenning verleen aan huwelike aangegaan kragtens tradisie. Dit sal dus neerkom op diskriminasie indien ongetroude persone en persone getroud kragtens die inheemse reg en die godsdienstrege nie sou kwalifiseer as opdraggewende ouers nie. Die wetsontwerp sal derhalwe aangepas moet word ten einde dit te red van ongrondwetlikheid.

### 2 3 Kwalifikasies van die surrogaatmoeder

Die wetsontwerp vereis die volgende van die surrogaat:<sup>19</sup>

---

<sup>11</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 153.

<sup>12</sup> Van Heerden et al *Boberg's Law of Persons and the Family* 2e uitg (1999) 345 vn 73; Olson & Haynes "Successful Single Parents" 1993 *Families in Society* 259 259-267.

<sup>13</sup> 65 van 1983.

<sup>14</sup> Reg 1 in GK R 1182 in *SK* 10283 van 1986-06-20 soos gewysig deur GK R 1354 in *SK* 18362 van 1997-10-17.

<sup>15</sup> Van Heerden et al *Boberg's* 345 vn 73.

<sup>16</sup> A 9.

<sup>17</sup> 108 van 1996.

<sup>18</sup> 108 van 1996.

<sup>19</sup> K1 3.



"[Dat sy] reeds op natuurlike wyse aan ten minste een lewende kind geboorte gegee het en [dat] sy getroud, geskei of 'n weduwee is."

Die eerste vereiste is regverdigbaar, omdat 'n vrou wat nog nie geboorte geskenk het nie, nie bewus kan wees van die emosionele band wat sy met die kind kan vorm nie. Sy besef nie die gevolge van die kontrak nie en gevolglik is haar toestemming tot kontraksluiting nie ingelig nie.<sup>20</sup> 'n Normale geboorte dui ook op die feit dat sy waarskynlik 'n gesonde swangerskap sal hê.

Die Kommissie se regverdiging<sup>21</sup> vir die tweede vereiste was dat die Wet op Menslike Weefsel<sup>22</sup> en die regulasies,<sup>23</sup> in terme daarvan uitgevaardig, bepaal het dat slegs 'n getroude vrou kunsmatiglik bevrug kon word.<sup>24</sup> Hierdie vereiste word nie meer gestel nie<sup>25</sup> en dit is daarom onnodig om te bepaal dat die surrogaat getroud, geskei of 'n weduwee moet wees. Dit sal in elk geval neerkom op onbillike diskriminasie op grond van huwelikstatus indien 'n ongetroude vrou verhoed word om as surrogaat op te tree.<sup>26</sup>

## 2 4 Genetiese afkoms van die kind

By eerste oogopslag blyk die bepaling dat die kind geneties verwant moet wees aan ten minste een van die opdraggewende ouers, diskriminerend te wees.<sup>27</sup> Surrogaatmoederskap sal nie beskikbaar wees in gevalle waar geeneen van die potensiële opdraggewende ouers gamete produseer nie.

Die stel van die vereiste is egter nie onaanvaarbaar nie, indien in gedagte gehou word dat dit

<sup>20</sup> Volgens die Kommissie sal 'n vrou wat reeds haar gesin voltooi het, meer geneig wees om die kind te oorhandig as 'n vrou wat nog nie kinders gehad het nie. Sien die *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 157-158.

<sup>21</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 158.

<sup>22</sup> 65 van 1983.

<sup>23</sup> Reg 1 in GK R 1182 in *SK* 10283 van 1986-06-20 soos gewysig deur GK R 1354 in *SK* 18362 van 1997-10-17.

<sup>24</sup> Reg 8(1).

<sup>25</sup> Reg 8(1) is geskrap. Sien GK R 1354 in *SK* 18362 van 1997-10-17.

<sup>26</sup> A 9 van die Grondwet 108 van 1996.

<sup>27</sup> Kl 5.

nie bedoel was om surrogaatmoederskap aan almal beskikbaar te stel nie.<sup>28</sup> Die doel van surrogaatmoederskap is om aan partye 'n kind te gee wat geneties aan ten minste een van hulle verwant is.<sup>29</sup> Waar genetiese verwantskap nie 'n moontlikheid is nie, moet aanneming eerder oorweeg word.

## **2 5 Eggenoot van die surrogaat moet skriftelik toestem**

Dit is nie meer nodig dat die eggenoot van 'n vrou toestem tot haar kunsmatige bevrugting nie.<sup>30</sup> Dit is egter verstaanbaar dat die wetsontwerp vereis dat die surrogaat se eggenoot skriftelik toestem tot die ooreenkoms en dat hy ook 'n party daartoe moet wees.<sup>31</sup> Dit sou tot huweliksprobleme kon aanleiding gee indien die surrogaatmoeder sou instem om 'n ander se kind te baar sonder haar man se medewete.<sup>32</sup>

## **3 TEKORTKOMINGE VAN DIE WETSONTWERP**

### **3 1 Die ouderdom van die surrogaatmoeder**

'n Ooglopende leemte in die wetsontwerp is die afwesigheid van 'n ouderdomsgrens vir 'n surrogaatmoeder. Ingevolge die huidige definisie en kwalifikasies van 'n surrogaatmoeder sal selfs 'n minderjarige kind as surrogaat kan optree.<sup>33</sup> Hierdie stand van sake is nie bevredigend nie.

Die wetsontwerp sal daarom 'n bepaling moet bevat wat hierdie gevaar kan uitskakel. Dit sal nie wenslik wees om te bepaal dat die surrogaat 'n "volwasse" vrou<sup>34</sup> moet wees nie, want

---

<sup>28</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 153.

<sup>29</sup> Sien 25 *supra*.

<sup>30</sup> Reg 8(1) van die regulasies, uitgevaardig in terme van die Wet op Menslike Weefsel 65 van 1983, wat dit vereis het, is geskrap. Sien GK R 1354 in SK 18362 van 1997-10-17.

<sup>31</sup> Kl 6(1)(d).

<sup>32</sup> Dit kan selfs 'n grond vir egskeiding daarstel.

<sup>33</sup> Kl 1. In kl 3 stel die wetsontwerp wel die vereiste dat die surrogaat getroud, geskei of 'n weduwee moet wees, maar 'n vrou hoef nie meerderjarig te wees om in die huwelik te tree nie. Kl 3 verseker dus nie dat die surrogaat meerderjarig sal wees nie.

<sup>34</sup> Pretorius "Surrogate Motherhood: A Detailed Commentary on the Draft Bill" 1996 *De Rebus* 114 117.



vroue is fisies volwasse voor hulle die ouderdom van een-en-twintig jaar bereik het. Die begrip kan ook dubbelsinnig wees en geïnterpreteer word as emosionele volwassenheid. Die mees wenslike kwalifikasie wat gestel kan word is dat die vrou meerderjarig moet wees. Dit sal beteken dat die vrou een-en-twintig jaar of ouer sal wees, tensy sy op 'n vroeëre ouderdom in die huwelik getree het. 'n Vrou van een-en-twintig is waarskynlik nog nie emosioneel opgewasse vir die gevolge van surrogaatmoederskap nie, maar die evaluasieproses behoort ongeskikte kandidate uit te skakel.<sup>35</sup>

Let wel dat die evaluasieproses waarskynlik ook minderjarige vrouens sal uitskakel. Die feit bly egter staan dat dit in teorie moontlik sal wees om 'n minderjarige bloot te stel aan surrogaatmoederskap indien daar nie 'n statutêre ouderdomsgrens neergelê word nie.

### 3 2 Oorhandiging van die kind

Die surrogaatmoeder word verplig om die kind by geboorte of binne 'n redelike tyd daarna aan die opdraggewende ouers te oorhandig.<sup>36</sup> Die uitwerking van 'n geldige surrogaatmoederskapsooreenkoms is dat die opdraggewende ouers regtens die ouers van die kind is en gevolglik is dit sinvol dat die kind so gou as moontlik aan hulle oorhandig word.<sup>37</sup>

In Hoofstuk Vier is daar egter geargumenteer dat die surrogaatmoeder geregtig moet wees op 'n grasietydperk na die kind se geboorte om te besluit of sy die kind wil hou of oorhandig. Die invoeging van so 'n bepaling sal veroorsaak dat die ooreenkoms noodwendig onafdwingbaar sal wees ter keuse van die surrogaatmoeder. Daar word egter aangevoer dat so 'n bepaling wenslik is in die lig van die band wat daar tussen die surrogaat en die kind ontstaan het tydens sy ontwikkeling in die baarmoeder.<sup>38</sup> Dit sal nie in die beste belang van die kind wees dat hy met geweld weggeneem word van die surrogaat nie en selfs die

---

<sup>35</sup> Die *Centre for Surrogate Parenting and Egg-Cell Donation*, Los Angeles, Kalifornië, verkies dat die surrogaat tussen 21 en 37 jaar oud moet wees. Sien in hierdie verband *Hansard* 18 Julie 1997 kol. 4067.

<sup>36</sup> Kl 1 en Kl 8(1)(b).

<sup>37</sup> Kl 8(1)(a).

<sup>38</sup> Richard Gilbert, 'n Amerikaanse prokureur, se standpunt soos aangehaal in *Hansard* 18 Julie 1997 kol. 4056.

surrogaat kan in hierdie omstandighede geweldige emosionele skade ly.<sup>39</sup>

### **3 3 Die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap<sup>40</sup>**

Die wetsontwerp bevat nog verwysings na die Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasie<sup>41</sup> ingevolge waarvan die gronde vir 'n wettige aborsie baie beperk was. Hierdie wet is vervang deur die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap en hierdie wysiging behoort aangebring te word, sou die wetsontwerp 'n wet word.

## **4 ALGEMENE KOMMENTAAR**

### **4 1 Gesamentlike optrede deur die opdraggewende ouers vereis**

Klousule vier vereis van die opdraggewende ouers om gesamentlik op te tree wanneer hulle 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms aangaan. Indien hulle nie gesamentlik optree nie, sal die surrogaatmoeder regtens die moeder van die kind wees. Die gevolg is dat die opdraggewende ouers geen regte oor die kind sal hê nie.<sup>42</sup>

### **4 2 Surrogaatmoederskap vir gerief**

Die wetsontwerp maak dit onmoontlik om 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms vir gerief aan te gaan.<sup>43</sup> Die hof vereis afdoende getuienis dat die opdraggewende ouers nie in staat is om geboorte te skenk aan 'n lewende kind nie en dat hierdie onvermoë permanent en onomkeerbaar van aard is.<sup>44</sup> Sonder hierdie getuienis sal die hof nie die ooreenkoms bekragtig nie, met die gevolg dat die opdraggewende ouers nie regtens die ouers van die kind sal wees nie.<sup>45</sup>

---

<sup>39</sup> Kim Cotton, die eerste Britse surrogaatmoeder om te publiseer dat sy as sodanig opgetree het, se standpunt soos aangehaal in *Hansard* 18 Julie 1997 kol. 4055.

<sup>40</sup> 92 van 1996.

<sup>41</sup> 2 van 1975.

<sup>42</sup> K1 8(2).

<sup>43</sup> K1 6(1)(a).

<sup>44</sup> K1 6(2)(a).

<sup>45</sup> K1 8(2).



### 4 3 Evaluasie van die partye

Die meeste mislukte surrogaatmoederskapsgevalle het voorgekom vanweë swak keuring van die betrokke partye.<sup>46</sup> Dit is nodig dat al die betrokkenes sielkundig geëvalueer word<sup>47</sup> en dat hulle die aard en uitwerking van die ooreenkoms sal besef. Die opdraggewende ouers sal geskik moet wees om as ouers op te tree. Dit sal beteken dat hulle emosioneel, fisies en finansiëel in staat is om na die kind om te sien.<sup>48</sup>

Die surrogaatmoeder moet liggaamlik en sielkundig geskik wees om as sodanig op te tree.<sup>49</sup> Hierdie tipe evaluasie kan tot 'n mate voorkom dat 'n vrou gekies word wat nie die kind sal wil oorhandig nie.

Streng mediese keuring van die partye wie se gamete gebruik word, sowel as die surrogaat, sal nodig wees sodat genetiese afwykings, VIGS en seksueel oordraagbare siektes voortydig opgespoor word. Dit sal ook nodig wees om na die geboorte van die kind bloedtoetse te doen om te verseker dat die kind nie die kind van die surrogaat en haar man is nie.<sup>50</sup>

'n Paneel van deskundiges, insluitende sielkundiges, medici en maatskaplike werkers sal die partye evalueer. Hierdie deskundiges kan dan getuienis lewer ten einde die hof te oortuig van die geskiktheid of ongeskiktheid van die partye.<sup>51</sup> Op hierdie wyse sal die hof 'n ingeligte besluit kan neem.

---

<sup>46</sup> Verslag oor Surrogaatmoederskap 128 en 153; Pretorius *Surrogate Motherhood: Legal Issues* (1991) 38-39; *In re Baby M* 14 FLR 2007 NJ Sup Ct (1988) 2008.

<sup>47</sup> Verslag oor Surrogaatmoederskap 153.

<sup>48</sup> Memorandum tot die Wetsontwerp Kl 6(b)(ii). Karen Synesiou, Direkteur van die *Centre for Surrogate Parenting and Egg-Cell Donation* in Kalifornië, soos aangehaal in *Hansard* 18 Junie 1997 kol 4066-4067, noem faktore wat haar sentrum in ag neem. Hierdie faktore sluit byvoorbeeld in dat die opdraggewende ouers jonger as 50 moet wees en dat hulle vir minstens drie jaar getroud moet wees. Memorandum tot die Wetsontwerp Kl 6(c)(ii).

<sup>50</sup> Kim Cotton se opinie soos aangehaal in *Hansard* 18 Junie 1997 kol 4068.

<sup>51</sup> Kl 6(2)(b) en (c).

#### 4 4 Ingeligte toestemming

Voorheen is daar gewys op surrogate wat beweer dat hulle die ooreenkoms aangegaan het vanweë hul swak finansiële posisie<sup>52</sup> of vanweë ander vorme van druk wat op hulle uitgeoefen was. Die surrogaat beweer dus dat daar 'n gebrek aan wilsooreenstemming was wat die kontrak nietig maak met die gevolg dat sy die kind kan hou.

Die wetsontwerp slaag daarin om tot 'n groot mate hierdie argument te kortwiek deur middel van die bepalings van klousules 6(1)(c)(ii) en 6(1)(c)(iii). Die eerste klousule bepaal dat die surrogaat in *alle* opsigte 'n geskikte persoon moet wees. Dit sou byvoorbeeld kon beteken dat haar motivering vir die aangaan van die ooreenkoms nie hoofsaaklik gemik is op die verkryging van finansiële gewin nie.

Dit is egter nie net finansiële dwang wat in gedagte gehou moet word nie, maar ook sielkundige dwang deur die opdraggewende ouers wat haar kan beweeg om die ooreenkoms te sluit. Uit die evaluasie van die surrogaat sal dit blyk dat sy nie vrywilliglik deelneem aan die ooreenkoms nie. Op hierdie wyse kan die hof dan voorkom dat die proses voortgesit word.

Die ander klousule bepaal dat die hof nie die surrogaatmoederskapsooreenkoms sal bekragtig nie, tensy dit oortuig is dat die surrogaat die regsgevolge van die ooreenkoms, sowel as haar regte en pligte in terme daarvan, begryp en aanvaar. Indien dit vir die hof sou blyk dat sy enigsins onder dwang optree, sal die hof nie die ooreenkoms bekragtig nie.

Die hof moet ook oortuig wees dat die opdraggewende ouers die regsgevolge, regte en verpligtinge wat uit die ooreenkoms voortvloei begryp en aanvaar.<sup>53</sup> Hul ingeligte toestemming sal daarom ook verkry word voordat die ooreenkoms bekragtig word. Sodoende verseker die hof dat die partye die ooreenkoms aangaan met volle kennis van die implikasies daarvan.

---

<sup>52</sup> Sien 69 *supra*.

<sup>53</sup> Kl 6(1)(b)(iii).



#### 4 5 Die eggenoot van die surrogaat as 'n kontraksparty

Indien die wetsontwerp nie vereis het dat die eggenoot van die surrogaat 'n party tot die ooreenkoms was nie,<sup>54</sup> sou die moontlikheid bestaan het dat sy, sonder sy medewete, haarself kunsmatiglik kon laat bevrug het.<sup>55</sup> Dit is denkbaar dat sodanige optrede hul huwelik negatief kan beïnvloed en selfs kan aanleiding gee tot 'n egskeiding.

#### 4 6 Die beste belang van die kind

Dit was vir die Kommissie van uiterste belang dat die beste belang van die kind oorweeg moet word voordat hy verwek is. 'n *Ex post facto* bepaling van die beste belang moet ten alle koste vermy word.<sup>56</sup>

Die wetsontwerp bepaal dus dat die hof nie die ooreenkoms moet bekragtig nie, tensy dit oortuig is van die feit dat daar voldoende voorsiening gemaak is vir die belange van die kind sou die opdraggewende ouers sterf of skei voor die kind se geboorte.<sup>57</sup> Die Kommissie beveel byvoorbeeld aan dat die kontrak bepaal dat die surrogaatmoeder en haar man die voogde van die kind word, sou die opdraggewende ouers sterf voor sy geboorte.<sup>58</sup> Aangesien die surrogaat die kind gebaar het, is sy die naaste aan die kind en sal hierdie tipe reëling verwelkom word, mits die hof oortuig kan word dat die surrogaat en haar man geskikte ouers sal wees. Die hof behoort hierdie oordeel te fel voordat dit die ooreenkoms bekragtig, siende dat die Kommissie dit onwenslik ag dat die beste belang van die kind na sy geboorte oorweeg word.

Die belange van die reeds bestaande kinders van die partye word ook in aggeneem deurdat die hof nie die ooreenkoms bekragtig as hulle daardeur benadeel sal word nie.<sup>59</sup>

---

<sup>54</sup> K1 6(1)(d).

<sup>55</sup> Let wel dat dit net die geval is in terme van die gewysigde regulasies uitgevaardig in terme van die Wet op Menslike Weefsel 65 van 1983.

<sup>56</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 160.

<sup>57</sup> K1 6(1)(f).

<sup>58</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 160.

<sup>59</sup> K1 6(1)(e).

In die finale instansie word daar ook van die hof vereis om, in die algemeen, te bepaal of die ooreenkoms bekragtig behoort te word. Daar word veral van die hof vereis om die belange van die kind, wat gebore staan te word, in ag te neem.<sup>60</sup>

Klousule 6(1)(g) maak dit ook vir die hof moontlik om die besondere feite van die geval in aanmerking te neem. Die hof moet, onder andere, die persoonlike en gesinsomstandighede van al die betrokke partye in ag neem voordat dit finaal besluit om die ooreenkoms te bekragtig. Die hof kan die ooreenkoms bekragtig onderhewig aan sekere voorwaardes. Hierdie reëling gee aan die hof die bevoegdheid om die uitwerking van die ooreenkoms te reguleer ten einde enige besondere risiko's wat die hof voorsien in ag te neem.<sup>61</sup>

#### **4 7    Beskerming van die surrogaat**

Hoewel dit selde sal voorkom, is dit moontlik dat die opdraggewende ouers na die kunsmatige bevrugting van die surrogaat kan onttrek aan die ooreenkoms. Dit sal die surrogaat laat met 'n kind wat sy nie van plan was om groot te maak nie, oneindige finansiële uitgawes en emosionele verwarring.

Dit is denkbaar dat die surrogaat nie ten gunste van aborsie kan wees nie, met die gevolg dat sy verplig sal word om die kind vir die volle termyn te dra. Haar enigste oplossing sal wees om die kind, na geboorte, beskikbaar te stel vir aanneming.

Sou sy nie finansiël in staat wees om die opdraggewende ouers te dagvaar vir kontrakbreuk nie, sal sy vermoënskade kan lei as gevolg van die swangerskap en die gepaardgaande mediese onkoste.

Indien die ooreenkoms nie deur die hof bekragtig is nie, sou sy, soos die wetsontwerp huidiglik bepaal, nie 'n skadevergoedingseis gebaseer op kontrakbreuk hê nie. Die wetsontwerp verklaar enige ooreenkoms wat nie aan die vereistes daarvan voldoen nie ongeldig,

---

<sup>60</sup>        Kl 6(1)(g).

<sup>61</sup>        Kl 6(4).



met die gevolg dat die surrogaat remedieloos is, en regtens as die kind se ouer erken word.<sup>62</sup>

Die wetsontwerp maak voorsiening vir die beskerming van die surrogaat na haar kunsmatige bevrugting.<sup>63</sup> Die opdraggewende ouers sal verplig wees om die kind te neem, want die wetsontwerp verklaar hulle regtens die ouers van die kind.<sup>64</sup> Gesien die surrogaat se onbenydenswaardige posisie in 'n geval waar die ooreenkoms nie deur die hof bekragtig is nie, sal hierdie bepalings waarskynlik 'n groot aanspooring vir haar wees om te voldoen aan die vereistes van die wetsontwerp.

#### **4 8 Veranderde omstandighede**

Nadat die hof die ooreenkoms bekragtig het en voordat die surrogaat kunsmatiglik bevrug word, kan daar 'n redelike tydperk verloop. Gedurende hierdie tydperk kan daar 'n verandering in omstandighede plaasvind wat dit onwenslik maak om met die ooreenkoms voort te gaan. Ten einde hierdie probleem te oorbrug het die Kommissie voorgestel dat geen kunsmatige bevrugting van die surrogaat mag plaasvind na verloop van twaalf maande vanaf die datum van bekragtiging nie.<sup>65</sup>

Indien kunsmatige bevrugting nie suksesvol was gedurende die twaalf maande nie, sal dit ook vir die opdraggewende ouers 'n aanduiding wees dat surrogaatmoederskap waarskynlik nie 'n oplossing vir hulle probleem sal wees nie.

#### **4 9 Die gevolge van bekragtiging**

Die gevolge van 'n bekragtigde ooreenkoms word ten volle in klousule agt uiteengesit. Hierdie gevolge is uiteengesit ten einde uiting te gee aan die bedoeling van die partye by die ooreenkoms. Sommige van die gevolge is alreeds hierbo bespreek en daar sal nou na die oor-

---

<sup>62</sup> Kl 8(2).

<sup>63</sup> Kl 8(1)(d).

<sup>64</sup> Kl 8(1)(a).

<sup>65</sup> Kl 7(1)(b).

blywende bepalings gekyk word.

Klousule 8(1)(a) bevat die bepaling wat die belangrikste is vir surrogaatmoederskap. Dit bepaal dat die kind wat verwek word vir alle doeleindes die binne-egtelike kind is van die opdraggewende ouers. Dit is daarom nie meer vir die opdraggewende ouers nodig om die kind aan te neem voordat hulle ouerlike regte sal verkry nie.

Die huidige regsposisie het die effek dat die kind as die binne-egtelike kind van die surrogaat en haar man beskou word.<sup>66</sup> Hierdie stand van sake is egter nie teweeg gebring met die oog op surrogaatmoederskap nie. Dit was daarom nodig om 'n bepaling in te voeg wat uitdruklik voorsiening maak vir die eiesoortigheid van die surrogaatmoederskapsooreenkoms.

Soos die bedoeling by die sluit van die ooreenkoms was, het die surrogaatmoeder en haar man geen ouerlike regte, toesig, beheer of toegang tot die kind nie.<sup>67</sup> Die kind het ook geen reg op onderhoud of erfopvolging teenoor die surrogaatmoeder, haar eggenoot of hul familieleden nie.

Klousule 8(2) bepaal dat 'n ooreenkoms wat nie voldoen aan die bepalings van die wetsontwerp nie, ongeldig is en bevestig die werking van artikel 5 van die Wet op die Status van Kinders.<sup>68</sup> Die gevolg hiervan is dat die surrogaat en haar man regtens die ouers van die kind is. Laasgenoemde is hopelik voldoende om die partye te dwing om te voldoen aan die bepalings van die wetsontwerp.

#### 4 10 Aborsie

Die besluit om 'n aborsie te ondergaan berus by die surrogaatmoeder.<sup>69</sup> Die wetsontwerp verwys nog na die Wet op Vrugafdrywing en Sterilisasie,<sup>70</sup> maar die wet is intussen vervang

---

<sup>66</sup> Sien a 5 van die Wet op Status van Kinders 82 van 1987 en die bespreking daarvan in hfst 3.

<sup>67</sup> Kl 8(1)(c).

<sup>68</sup> 82 van 1987.

<sup>69</sup> Kl 9(2).

<sup>70</sup> 2 van 1975.



deur die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap.<sup>71</sup> Laasgenoemde wet maak dit vir die vrou maklik om 'n wettige aborsie te ondergaan en sy kan waarskynlik nie kontraktueel van hierdie reg afstand doen nie.<sup>72</sup> Sou sy dus besluit om 'n aborsie te ondergaan, is dit wenslik om die opdraggewende ouers eers 'n geleentheid te bied om met haar te konsulteer.<sup>73</sup>

Sou dit blyk dat die kind gebreklik gebore gaan word, kan die opdraggewende ouers nie die surrogaat dwing om 'n aborsie te ondergaan nie. Sy het 'n reg op privaatheid<sup>74</sup> en om besluite te neem oor voortplanting<sup>75</sup> ingevolge die Grondwet.<sup>76</sup> Indien sy verplig sou word om 'n aborsie te ondergaan, sal dit nie net hierdie regte van haar aantas nie, maar dit sou ook neerkom op aanranding. Dit is in elk geval ondenkbaar dat 'n dokter bereid sal wees om 'n aborsie uit te voer op 'n onwillige vrou.

Sou die surrogaat, teen die wense van die opdraggewende ouers weier om 'n aborsie te ondergaan en die kind word gebreklik gebore, is die opdraggewende ouers steeds verplig om die kind te versorg en te onderhou.<sup>77</sup>

#### **4 11 Kommersiële surrogaatskap**

Kommersiële surrogaatmoederskap is nie net moreel onaanvaarbaar nie, maar daar is ook werklike risiko's aan verbonde. Dit is daarom nie verbasend nie dat die Kommissie dit goed gedink het om die praktyk te verbied. Klousule 10(1) plaas 'n algehele verbod op die gee van vergoeding aan enigiemand in verband met die ooreenkoms. Die Kommissie was van mening dat hierdie bepaling veral tussengangers, soos surrogaatmoederskapsagentskappe, behoort te ontmoedig.

---

<sup>71</sup> 92 van 1996.

<sup>72</sup> Sien 75 *supra*.

<sup>73</sup> Kl 9(3).

<sup>74</sup> A 14 van die Grondwet.

<sup>75</sup> A 12 van die Grondwet.

<sup>76</sup> 108 van 1996.

<sup>77</sup> Memorandum tot die Wetsontwerp kl 9.

Die betaling van vergoeding wat direk verband hou met die bevrugting, swangerskap, geboorte en bekragtiging van die ooreenkoms word veroorloof.<sup>78</sup> Die bepaling sal ook nie omseil kan word deur die familie of vriende van die surrogaat te vergoed vir haar dienste nie, omdat die klousule bepaal dat geen belofte of ooreenkoms vir die betaling van vergoeding aan iemand anders in verband met die ooreenkoms afdwingbaar is nie.<sup>79</sup>

Die wetsontwerp kriminaliseer egter nie kommersiële surrogaatmoederskap nie.<sup>80</sup> Die enigste moontlike struikelblok in die weg van kommersialisering is daarom die onafdwingbaarheid van enige belofte of ooreenkoms tot betaling. Die hart van die kommersiële transaksie is geleë in die maak van 'n wins. Sou dit nie moontlik wees om die vergoeding regtens af te dwing nie, sal dit nie werklik van veel nut wees om die ooreenkoms aan te gaan nie. Vanweë hierdie bepaling sal agentskappe byvoorbeeld nie 'n definitiewe wins kan maak uit kommersiële surrogaatmoederskap nie.

#### **4 12 Vergoeding van professionele persone**

Daar word voorsiening gemaak vir die vergoeding van 'n persoon wat te goeder trou 'n professionele regs- of mediese diens in verband met die bekragtiging van die ooreenkoms uitvoer.<sup>81</sup> Sou die hof dan nie die ooreenkoms bekragtig nie, kan hierdie persone steeds aanspraak maak op hul vergoeding.<sup>82</sup>

### **5 GEVOLGTREKKING**

Die waarde van die Regskommissie se voorgestelde wetsontwerp lê daarin dat dit rigting probeer gee het aan 'n ongereguleerde praktyk. Ongelukkig het die wetgewer tot op hierdie stadium nog geen wet in die vooruitsig nie en sal daar vir eers volstaan moet word met die regsposisie soos dit huidiglik bestaan.

---

<sup>78</sup> Memorandum tot die Wetsontwerp kl 10(2).

<sup>79</sup> Kl 10(2).

<sup>80</sup> Vergelyk kl 12.

<sup>81</sup> Kl 10(3).

<sup>82</sup> Memorandum tot die Wetsontwerp Kl 10(3).



Vanweë die inwerkingtreding van die Grondwet<sup>83</sup> bestaan daar probleme met die voorgestelde wetsontwerp wat daartoe lei dat die wetsontwerp nie in sy huidige vorm omskep kan word in 'n wet nie. Soos dit uit die analise blyk is dit veral die gelykheidsklausule<sup>84</sup> wat in hierdie verband 'n groot invloed sal uitoefen op die formulering van 'n wet.

Die leemtes wat in die wetsontwerp geïdentifiseer is, sal ook aangevul moet word voordat daar wetlike status aan die wetsontwerp verleen word. Dit is veral belangrik dat die surrogaatmoeder as 'n volwasse vrou gedefinieer word, omdat dit in teorie steeds moontlik is dat 'n minderjarige bevrug word.

Die invloed van die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap<sup>85</sup> sal ook in aggeneem moet word, gesien die feit dat die vrou met groter gerief 'n abortsie in terme daarvan kan bekom.

Verder is dit ook belangrik dat die surrogaat 'n afkoelperiode gegun word na geboorte waarin sy kan besluit of sy die kind wil hou of nie. Hierdie periode moet statutêre beskerming geniet ten einde werklik doeltreffend te wees.

In die algemeen is die wetsontwerp 'n goed geformuleerde dokument wat die eiesoortige posisie van surrogaatmoederskap en die leemtes in die bestaande Suid-Afrikaanse Reg doeltreffend aanspreek. Indien die nodige aanpassings aangebring word, behoort die wetsontwerp surrogaatmoederskap volledig en behoorlik te reguleer.

---

<sup>83</sup> 108 van 1996.

<sup>84</sup> A 9 van die Grondwet in die RSA 108 van 1996.

<sup>85</sup> 92 van 1996.

## **HOOFSTUK SEWE DIE INHEEMSE REG**

### **1 INLEIDING**

Die inheemse reg het verskeie praktyke wat dieselfde is of soortgelyk is aan surrogaatmoederskap. Die doel van hierdie gebruike is om te verseker dat daar 'n erfgenaam is selfs al sou die betrokke gade oorlede of onvrugbaar wees. Hierdie praktyke is egter besig om uit te sterf as gevolg van die verstedeliking en verwesterliking van die inheemsregtelike volke.

Bogenoemde praktyke en reëlins in verband met die verwekking van 'n erfopvolger of ander kinders word noodwendig deur die bepalings van die Grondwet<sup>1</sup> geraak. Dit is veral die vrou se regte op privaatheid,<sup>2</sup> menswaardigheid,<sup>3</sup> vryheid en sekuriteit van die persoon<sup>4</sup> en die reg om nie aan slawerny onderwerp te word nie,<sup>5</sup> wat ter sprake kom. Die beste belang van die kind ingevolge inheemsregtelike waardes moet ook in ag geneem word, aangesien sy belang deurslaggewend is in alle aangeleenthede wat hom raak.<sup>6</sup>

In hierdie hoofstuk sal die verskillende gebruike ontleed word en die toepassing en invloed van die Grondwet<sup>7</sup> daarop sal bespreek word.

### **2 VORME VAN SURROGAATMOEDERSKAP IN DIE INHEEMSE REG**

Anders as in die Westerse Reg, is die hoofdoel van 'n huwelik gesluit kragtens die inheemse reg dat kinders gebaar word.<sup>8</sup> Dit is verkieslik dat die vrou 'n seun baar ten einde die man

---

<sup>1</sup> 108 van 1996.

<sup>2</sup> A 14.

<sup>3</sup> A 10.

<sup>4</sup> A 12(1)(a), (e) 12(2)(a) en (b).

<sup>5</sup> A 13.

<sup>6</sup> A 28(2) van die Grondwet van die RSA 108 van 1996.

<sup>7</sup> 108 van 1996.

<sup>8</sup> Olivier et al *Inheemse Reg* (1998) 39.



se linie voort te sit en 'n erfgenaam vir hom te verseker.<sup>9</sup> Dit wil dus blyk of daar 'n groter behoefte onder die inheemsregtelike volke is vir die gebruik van 'n surrogaatmoeder, gegewe die feit dat die hoofdoel van die huwelik nie andersins vervul kan word nie.

In baie gemeenskappe kom die gebruik voor dat 'n jonger suster van 'n onvrugbare vrou of 'n vrou wat kinderloos oorlede is, as 'n substituuvtvrou optree.<sup>10</sup> Die surrogaat<sup>11</sup> word op die natuurlike wyse beswanger deur haar onvrugbare of oorlede suster se man en baar dan die kinders namens haar suster. Sodoende kan die hoofdoel van die huwelik verwesenlik word. In die Zoeloe gemeenskap kan die man van die oorlede of onvrugbare vrou die *lobolo* terugeis indien die skoonfamilie nie 'n substituuvtvrou stuur nie.<sup>12</sup>

Die *seantlo* gebruik, wat voorkom onder die Tswana, behels dat 'n suster<sup>13</sup> van die oorlede of onvrugbare vrou as substituuvtvrou kinders baar. Hierdie gebruik is analoog aan surrogaatmoederskap vanweë die feit dat hierdie vrou nie 'n huwelik sluit met die betrokke vrou se eggenoot nie, maar slegs die funksie van surrogaat vervul. Die kinders wat gebaar word, word beskou as die kinders van die oorspronklike vrou.<sup>14</sup>

Die Suid-Oostelike Nguni het 'n soortgelyke gebruik. Hierdie gebruik behels dat die man van 'n onvrugbare hoofvrou 'n kinderbaarder<sup>15</sup> neem om vir hom 'n erfopvolger te verwek.<sup>16</sup> Die man trou met die kinderbaarder, maar sy word bloot as die baarmoeder van die onvrugbare vrou beskou. Sy het gevolglik geen status van haar eie nie, omdat sy bloot gesien word as die liggaam van die onvrugbare vrou.<sup>17</sup> Die kinders wat deur die kinderbaarder gebaar word, word beskou as die kinders van die oorspronklike vrou.<sup>18</sup>

---

<sup>9</sup> Olivier et al *Inheemse Reg* 39.

<sup>10</sup> Sy is met ander woorde 'n surrogaat. Sien Olivier et al *Inheemse Reg* 40.

<sup>11</sup> In die Zoeloe gemeenskap het hierdie vrou geen status nie.

<sup>12</sup> Olivier et al *Inheemse Reg* 40.

<sup>13</sup> Dit hoef nie noodwendig 'n suster te wees wat as substituuvtvrou optree nie. SA Regskommissie *Verslag oor Surrogaatmoederskap* Projek 65 (1993) 106.

<sup>14</sup> Olivier et al *Inheemse Reg* 40.

<sup>15</sup> Ook bekend as 'n *seedraiser*.

<sup>16</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 106.

<sup>17</sup> Olivier *Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoetaalsprekendes* 3e uitg (1989) 357.

<sup>18</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 106.

Die Pedi, Venda, Sotho, Ndebele en Tsonga het 'n gebruik wat soortgelyk is aan die *seantlo* van die Tswana.<sup>19</sup> Die *seantlo* kom egter met die verloop van tyd al hoe minder voor.<sup>20</sup>

Onder die Swazi het die man van 'n onvrugbare vrou 'n voorkeureis vir haar suster.<sup>21</sup> As die vrou nie 'n suster het nie, kan die man aanspraak maak op sy vrou se broer se dogter wie se *lobolo* geneem is as *lobolo* vir eersgenoemde man se huwelik.<sup>22</sup>

Verskeie ander gebruike kom voor waardeur 'n erfgenaam verwek word. Hierdie gebruike is egter streng gesproke nie surrogaatmoederskap nie, alhoewel daar steeds van 'n derde party gebruik gemaak word. Hierdie gebruike sal vervolgens bespreek word.

Die Pondo en die Zoeloe volg die *ukungena* en die *ukuzalela* gebruike waarvolgens 'n man 'n kind verwek by die weduwee van sy oorlede broer ten einde 'n erfgenaam vir die oorledene te verseker.<sup>23</sup>

Sommige volke laat toe dat een vrou 'n ander vrou *lobola*. Eersgenoemde vrou is dan regtens die eggenote van laasgenoemde vrou en verkry een van haar seuns of manlike verwante om kinders by laasgenoemde te verwek. Hierdie gebruik verseker dan 'n manlike erfgenaam vir die bepaalde huis.<sup>24</sup>

Die *ukuvusa* gebruik word aangewend wanneer 'n oorlede man eiendom nagelaat het, maar geen erfgenaam het nie. Die oorledene se natuurlike opvolger neem dan die oorledene se *lobolo* en trou met 'n vrou. Hierdie vrou, en die kinders wat die man by haar verwek, staan bekend as die oorledene se gesin. Sodoende word verhoed dat die oorledene se linie tot 'n einde kom.<sup>25</sup>

---

<sup>19</sup> Verslag oor Surrogaatmoederskap 106.

<sup>20</sup> Olivier et al *Inheemse Reg* 40.

<sup>21</sup> Hierdie vrou word 'n *inhlanti* genoem.

<sup>22</sup> Olivier et al *Inheemse Reg* 90.

<sup>23</sup> Olivier et al *Inheemse Reg* 9.

<sup>24</sup> Olivier *Privaatreg* 537.

<sup>25</sup> Olivier et al *Inheemse Reg* 191.



Die gevolgtrekking waartoe gekom kan word is dat vorms van surrogaatmoederskap wel aanwesig is onder die inheemsregtelike volke.<sup>26</sup> Hierdie praktyke neem verskeie vorms aan en sommige is nie streng gesproke surrogaatmoederskap nie, omdat daar nie 'n surrogaat aanwesig is nie. 'n Derde party, hetsy manlik of vroulik, word egter by die huweliks-verhouding betrek ten einde die linie voort te sit.<sup>27</sup>

Verstedeliking het aanleiding daartoe gegee dat hierdie gebruike tot 'n groot mate in onbruik verval het.<sup>28</sup> Dit is egter nie onmoontlik dat dit steeds voorkom in die gemeenskappe wat nog oorwegend gebonde bly aan die inheemsregtelike gebruike en waardes nie.

### **3 DIE INVLOED VAN DIE GRONDWET<sup>29</sup> OP DIE PRAKTYKE VAN DIE INHEEMSE REG**

#### **3 1 Inleiding**

Die Grondwet<sup>30</sup> kan moontlik 'n groot invloed hê op die tradisionele gebruike van die inheemse reg. Die onderwerping van die vrou aan hierdie gebruike ten einde 'n erfgenaam te verseker, skend verskeie van haar fundamentele regte.

Tog sal daar 'n balans gevind moet word tussen die vrou se fundamentele regte en die reg op kultuur wat grondwetlik verskans word. Die plaas van 'n verbod op inheemsregtelike gebruike sal dus regverdigbaar moet wees ten einde nie die inheemsregtelike volke hul reg op kultuur te ontnem nie.

Die kind wat reeds gebore is uit 'n inheemsregtelike verhouding het ook 'n aanspraak op fundamentele regte. In die besonder kan die kind op artikel 28(2) van die Grondwet<sup>31</sup> steun wat verseker dat sy beste belang deurslaggewend is in alle aangeleenthede wat hom raak. Sou

---

<sup>26</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 107.

<sup>27</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 107.

<sup>28</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 107.

<sup>29</sup> 108 van 1996.

<sup>30</sup> 108 van 1996.

<sup>31</sup> 108 van 1996.

so 'n kind se moeder die kind dus wou verwyder en hom as haar eie toe-eien,<sup>32</sup> sal 'n hof moet beslis wat in sy beste belang is.

In hierdie afdeling sal daar eerstens vasgestel word of en tot watter mate die Grondwet<sup>33</sup> van toepassing is op die inheemse reg. Tweedens sal die botsing tussen die reg op kultuur en ander menseregte oorweeg word en die invloed van hierdie botsing op die statutêre regulering van surrogaatmoederskap sal bespreek word. Derdens sal die besondere regte van die vrou en die kind en die rol wat dit speel in die lig van die bestaande kulturele gebruike aandag geniet.

### 3 2 Die toepassing van die Grondwet<sup>34</sup> op die inheemse reg

Beide artikel 211 van die Grondwet<sup>35</sup> en artikel 1(1) van die Wysigingswet op Siviele Bewyslewing<sup>36</sup> verleen erkenning aan die inheemse reg. Volgens die Grondwet<sup>37</sup> is hierdie erkenning egter onderhewig aan die bepalings van die Grondwet en enige wetgewing wat spesifiek oor gewoontereg handel.<sup>38</sup> Verder vereis die Wysigingswet op Siviele Bewyslewing<sup>39</sup> ook dat die inheemse reg geredelik en met voldoende sekerheid vasgestel kan word en dat dit nie met die beginsels van die staatsgedragslyn of die beginsels van natuurlike geregtigheid mag bots nie.<sup>40</sup>

Artikel 8(1) van die Grondwet<sup>41</sup> bepaal dat die Handves van toepassing is op die totale reg. Die term "totale reg" word deur skrywers geïnterpreteer om ook die inheemse reg, in sy

---

<sup>32</sup> Byvoorbeeld in die geval waar sy as 'n *seantlo* opgetree het.

<sup>33</sup> 108 van 1996.

<sup>34</sup> 108 van 1996.

<sup>35</sup> 108 van 1996.

<sup>36</sup> 45 van 1988.

<sup>37</sup> 108 van 1996.

<sup>38</sup> A 211(3).

<sup>39</sup> 45 van 1988.

<sup>40</sup> A 1(1).

<sup>41</sup> 108 van 1996.



statutêre en nie-statutêre vorm, in te sluit.<sup>42</sup> Uit die bepalings van artikel 211(3) en artikel 8(1) is dit dus duidelik dat die Handves van Regte wel van toepassing is op die inheemse reg.<sup>43</sup>

In hierdie verband bring die bepalings van artikels 8(3) en 173 van die Grondwet<sup>44</sup> verdere probleme. Artikel 8(3) bepaal dat die gemenereg ontwikkel kan word deur die howe ten einde gevolg aan die bepalings van die Handves te gee of ten einde 'n reg in die Handves te beperk. Artikel 173 gee aan die howe die inherente bevoegdheid om die gemenereg te ontwikkel. Nie een van hierdie twee bepalings gee aan die howe die bevoegdheid om die inheemse reg te ontwikkel nie. Rautenbach<sup>45</sup> stel egter voor dat die inheemse reg opsetlik uitgelaat is uit artikels 8(3) en 173, omdat die bedoeling was dat die Handves direk horisontaal toegepas moet word op die inheemse reg.<sup>46</sup>

Sou die vrou wat dus byvoorbeeld as *seantlo* optree wou beswaar maak teen die praktyk, kan sy steun op die direk horisontale werking van die Handves ten einde die praktyk ongrondwetlik te laat verklaar. Ingevolge artikel 8(1) sal die hof die Handves moet toepas op die geskil en ingevolge artikel 8(2) sal die hof moet vasstel tot watter mate die handves toepasbaar is met inagneming van die aard van die reg en enige plig deur die reg opgelê, aangesien die dispuut tussen privaat persone is. Indien die hof beslis dat die Handves toepasbaar is, sal die hof die inheemse reg moet ontwikkel ten einde die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte [te] bevorder.<sup>47</sup>

Hierdie ontwikkeling sal gedoen word met inagneming van menswaardigheid, gelykheid en

---

<sup>42</sup> Kerr "The Bill of Rights in the New Constitution and Customary Law" 1997 *SALJ* 346 347; Rautenbach "A Commentary on the Application of the Bill of Rights to Customary Law" 1999 *Obiter* 113 123; Van der Vyfer "The Meaning of 'Law' in the Constitution of the Republic of South Africa" 1994 *SALJ* 569 571.

<sup>43</sup> Rautenbach 1999 *Obiter* 126.

<sup>44</sup> 108 van 1996.

<sup>45</sup> Rautenbach 1999 *Obiter* 127.

<sup>46</sup> Maw die gevolg is dat die Handves indirek horisontaal van toepassing is op die gemenereg itv a 8(1), 8(3), 39(2) en 173 en direk horisontaal van toepassing is op die inheemse reg itv a 8(1), 39(2) en 211. Rautenbach 1999 *Obiter* 127-128 gee 'n voorbeeld ter verduideliking van hierdie argument.

<sup>47</sup> A 39(2) en Rautenbach 1999 *Obiter* 127-128.



vryheid.<sup>48</sup> Verder moet die volkereg<sup>49</sup> en kan buitelandse reg in aggeneem word deur die hofe wanneer dit die Handves uitlê. Sou dit dan vasstaan dat die gebruik bots met die Grondwet,<sup>50</sup> moet die hof die gebruik ontwikkel ten einde dit in lyn met die Handves te bring.<sup>51</sup>

### 3 3 Die botsing tussen die Grondwet<sup>52</sup> en die inheemse reg: ander menseregte en die reg op kultuur

Dit is duidelik dat daar groot gedeeltes van die inheemse reg is wat nie versoenbaar met die Grondwet<sup>53</sup> is nie.<sup>54</sup> Artikel 2 van die Grondwet<sup>55</sup> bepaal uitdruklik dat enige regsvoorskrif wat daarmee onbestaanbaar is, ongeldig is. Selfs artikels 30 en 31 van die Grondwet,<sup>56</sup> wat die reg op kultuur beskerm, bepaal dat hierdie reg nie op 'n wyse uitgeoefen mag word wat bots met die ander bepalings van die Handves nie.<sup>57</sup>

Volgens Rautenbach<sup>58</sup> kan dit aanleiding gee tot die totnietgaan van die tradisionele inheemse reg en die skepping van 'n nuwe inheemse reg wat in lyn met die bepalings van die Handves is. Aan die anderkant argumenteer Kerr dat die inheemse reg nie op dieselfde wyse onderhewig is aan die Grondwet<sup>59</sup> as wat die gemenereg is nie.<sup>60</sup> Kerr se gevolgtrekking is dus dat die botsing van die inheemse reg met die Grondwet<sup>61</sup> nie 'n leemte sal

---

<sup>48</sup> A 1(a) van die Grondwet van die RSA 108 van 1996. Sien ook Rautenbach 1999 *Obiter* 127-128 en Kerr "Role of Courts in Developing Customary Law" 1999 *Obiter* 41 42.

<sup>49</sup> A 39(1)(b) en (c) van die Grondwet van die RSA 108 van 1996.

<sup>50</sup> 108 van 1996.

<sup>51</sup> Rautenbach 1999 *Obiter* 128. Kerr 1999 *Obiter* 45 meen dat daar 'n dringende behoefte is om bronne oor die inheemse reg beskikbaar te stel aan die hofe, sodat die inheemse reg nie op 'n lukrake wyse ontwikkel word nie.

<sup>52</sup> 108 van 1996.

<sup>53</sup> 108 van 1996.

<sup>54</sup> Kerr meen dat omtrent 85% van die inheemse reg onbestaanbaar is met die Grondwet. Sien in hierdie verband Kerr 1999 *Obiter* 42.

<sup>55</sup> 108 van 1996.

<sup>56</sup> 108 van 1996.

<sup>57</sup> A 30 en 31(2).

<sup>58</sup> Rautenbach 1999 *Obiter* 116.

<sup>59</sup> 108 van 1996.

<sup>60</sup> Kerr *Obiter* 1999 42 en Kerr "Customary Law, Fundamental Rights and the Constitution" 1994 *SALJ* 720 720-735.

<sup>61</sup> 108 van 1996.



laat ontstaan nie, omdat die waardes in die Handves die hof sal beïnvloed wanneer dit die inheemse reg ontwikkel.<sup>62</sup> Die inheemse reg word dus ontwikkel, nie geskrap nie.

Dit blyk uit bogenoemde dat daar 'n inherente spanning is tussen die skrywers se opinies, maar 'n meer volledige bespreking val buite die bestek van die tesis.

### 3 4 Die effek van die botsing op die statutêre reëling van surrogaatmoederskap

Sou dit dus nodig wees om op 'n manier voorsiening te maak vir die inheemsregtelike gebruike? Hierdie vraag kan bevestigend beantwoord word, met die voorbehoud dat die hof dit net sal goedkeur mits dit nie inbreuk op die betrokkenes en die kind se fundamentele regte maak nie. Aangesien die inheemse reg onderhewig is aan die Grondwet,<sup>63</sup> kan dit wees dat dit nodig sal word om die kulturele gebruike aan te pas ten einde dit bestaanbaar met die Grondwet<sup>64</sup> te maak.<sup>65</sup>

Bennet meen dat daar nie werklik probleme na vore sal kom nie, omdat die surrogaatpraktyke stadig aan die verdwyn is.<sup>66</sup> Waar hierdie praktyke egter steeds voorkom, is daar in elk geval maatreëls om te verseker dat die vrou nie uitgebuit word nie. So het die hof byvoorbeeld beslis dat 'n vrou nie gedwing kan word in so 'n praktyk nie<sup>67</sup> en artikel 28 behoort voldoende voorsiening te maak vir die belange van die kind.

---

<sup>62</sup> Kerr *Obiter* 1999 42.

<sup>63</sup> 108 van 1996.

<sup>64</sup> 108 van 1996.

<sup>65</sup> Sien in hierdie verband Maithufi 1999 "Children, Customary Law and the Constitution" *Obiter* 198 206 wat aanbeveel dat die inheemsregtelike beginsels ivm kinders herformuleer moet word.

<sup>66</sup> Bennet *Human Rights and African Customary Law* (1995) 128.

<sup>67</sup> *Nbono v Manoxoweni* (1891) 6 EDC 62; *Gidja v Yingwane* 1944 NAC (N&T) 4. Die vrou sal egter net beskerming geniet indien sy haar na die hof wend. Daar is reeds gewys op die praktyk dat die skoonfamilie die *lobolo* moet terug betaal indien hulle nie 'n substituuwvrou aan die betrokke man stuur nie. Hierdie reëling kan daartoe lei dat 'n familie wat nie in staat is om die *lobolo* terug te betaal nie, die vrou kan forseer om met so 'n reëling voort te gaan.

### 3 5 Privaatheid, menswaardigheid, vryheid en sekuriteit van die persoon en die verbod op slawerny<sup>68</sup>

Daar kan nou aanvaar word dat die Handves direk horisontaal van toepassing op die inheemse reg is en dat die tradisionele gebruike steeds 'n bestaansreg het onderworpe aan die bepalings van die Handves. Vervolgens moet vasgestel word in watter mate daar 'n konflik van belange kan ontstaan. In die eerste plek kan die fundamentele regte van die vrou oorweeg word. Hierdie regte sal insluit haar regte op privaatheid, menswaardigheid, vryheid en sekuriteit van die persoon en die verbod op slawerny.

Die tradisionele gebruike veroorsaak dat die vrou haar privaatheid en menswaardigheid ontnem word deur haar soos 'n besitting te behandel. Sy kan deur haar familie geneem word en aan die man van die onvrugbare of oorlede vrou oorhandig word sodat hy haar kan gebruik om vir homself 'n erfopvolger te verseker. Die kinderbaarder het byvoorbeeld geen status van haar eie nie en word deur die gemeenskap as 'n blote baarmoeder beskou.<sup>69</sup>

Haar vryheid en sekuriteit van die persoon word ook ontnem deurdat sy deur haar familie verplig word om na die man se huishouding te gaan. Sou sy nie gaan nie, kan die Zoeloe man die *lobolo* wat hy betaal het van sy skoonfamilie terugeis.<sup>70</sup> Dit is denkbaar dat die skoonfamilie nie die *lobolo* sal kan of wil terugbetaal nie, met die gevolg dat hulle die vrou sal dwing om as substituutvrou op te tree.

Dit begin ook neig na slawerny indien sy soos 'n besitting oorhandig word en deur die man gebruik word. Onder die Swazi het die man van 'n onvrugbare vrou 'n voorkeureis vir haar suster of haar broer se dogter.<sup>71</sup> Die term "voorkeureis" laat dit blyk dat die vrou 'n voorwerp is waarop die partye kan aanspraak maak. Verder kan daar ook geargumenteer word dat hierdie gebruik veroorsaak dat die vrou op 'n onmenslike en vernederende wyse

---

<sup>68</sup> Onderskeidelik a 14, 10, 12(1)(a), (e), 12(2)(a), (b) en 13 van die Grondwet.

<sup>69</sup> Olivier *Privaatreg* 537.

<sup>70</sup> Olivier et al *Inheemse Reg* 40.

<sup>71</sup> Olivier et al *Inheemse Reg* 90.



behandel word.<sup>72</sup>

### 3 6 Die beste belang van die kind ingevolge die inheemse reg

Dit is nodig om vas te stel tot watter mate die kind wat gebore staan te word en die kind wat reeds gebore is, se belange die beskerming van artikel 28(2) van die Grondwet<sup>73</sup> sal geniet. Daar is die moontlikheid dat die inheemsregtelike gebruike wat soortgelyk aan surrogaatmoederskap is nie noodwendig die kind se belange dien in 'n bepaalde situasie nie. Daar moet dus bepaal word tot watter mate die inheemse reg voorsiening maak vir die belange van die kind en wat die rol van artikel 28(2) in die lig daarvan is.

#### 3 6 1 *Agtergrond*

Op die oog af lyk dit asof die inheemse reg nie veel gemoeid is met die belange van die kind nie, omdat kinders nie veel regte het wat hulle direk teen hul ouers kan afdwing nie.<sup>74</sup> Die rede waarom die inheemse reg egter nie regte aan kinders gee wat hulle direk teen hul ouers kan afdwing nie, is vanweë die inheemsregtelike beginsel dat daar klem gelê moet word op verpligtinge en nie op regte nie.<sup>75</sup> Verder het die kind nie regsbevoegdheid nie en moet hulle deur die gesinshoof verteenwoordig word.<sup>76</sup>

Dit is egter 'n wanopvatting om te argumenteer dat die inheemse reg nooit die belange van die kind in aggeneem het nie. Die uitgebreide gesinseenheid kon altyd verseker dat verwaarloosing en mishandeling nie 'n sosiale probleem word nie.<sup>77</sup> Dit was gevolglik oorbodig om met die beste belang beginsel te werk, aangesien die gesinstruktuur in beginsel aanvaar het dat daar na die kind se welstand omgesien moet word.<sup>78</sup>

---

<sup>72</sup> A 12(1)(e) van die Grondwet van die RSA 108 van 1996.

<sup>73</sup> 108 van 1996.

<sup>74</sup> Bennet 1999 *Obiter* 149-150.

<sup>75</sup> Bennet 1999 *Obiter* 151.

<sup>76</sup> Bennet *Human Rights* 97.

<sup>77</sup> Bennet 1999 *Obiter* 150-151.

<sup>78</sup> Bennet 1999 *Obiter* 150. Die kind kon byvoorbeeld binne die gesinstruktuur om hulp vra indien hulle enige probleme ervaar het. Bennet "Maintenance of Minor Children: A Problem of Adapting Customary Law to Meet Social Change" 1980 *Acta Juridica* 115 120.

Die probleem wat egter vandag ontstaan het, is dat die uitgebreide gesinstruktuur, wat vroeër so doeltreffend in die kind se behoeftes voorsien het, nie meer bestaan nie. Armoede en verstedeliking is maar twee van die faktore wat daartoe aanleiding gegee het.<sup>79</sup> Gepaardgaande daarmee kom verwaarloosing, mishandeling en wanvoeding wel nou ter sprake.<sup>80</sup>

Dit het daarom nou nodig geword om die beste belang van die kind maatstaf toe te pas in 'n konteks waar dit nie vroeër so dringend nodig was nie.<sup>81</sup> Tog is dit ook nie net sosiale faktore wat die toepassing van hierdie beginsel noodsaak nie. Die Grondwet<sup>82</sup> vereis in artikel 28(2) dat die beste belang van die kind 'n deurslaggewende rol moet speel in elke aangeleentheid wat die kind raak.

### 3 6 2 Toepassing van artikel 28(2) van die Grondwet<sup>83</sup> op die inheemse reg

Daar word geargumenteer dat menseregte universeel van aard is en daarom ook kultureel neutraal. Die werklikheid is egter dat dit gefundeer is in die Westerse waardes en kultuur.<sup>84</sup> Die gevolg hiervan is dat die grootste gedeelte van die inheemse reg in botsing met die Grondwet<sup>85</sup> is.<sup>86</sup>

Dit is duidelik uit die bewoording van artikels 30 en 31(2) van die Grondwet<sup>87</sup> dat ander menseregte belangriker as kultuur is.<sup>88</sup> Dit sou beteken dat die inheemse reg wat van toepassing is op kinders nie met die Grondwetlike bepalings mag bots nie. So het die hof

<sup>79</sup> Bennet 1999 *Obiter* 151.

<sup>80</sup> Uzodike "Child Abuse and Neglect in Nigeria - Socio-Legal Aspects" 1990 *Int J Law & Family* 83 86.

<sup>81</sup> Ook die Suid-Afrikaanse Regskommissie is van mening dat die beste belang maatstaf toegepas moet word in alle bewarings-, toegangs- en voogdy aangeleenthede. Sien die SA Regskommissie *Report on Customary Marriages* Projek 90 (1998) 123 par 7.5.C.

<sup>82</sup> 108 van 1996.

<sup>83</sup> 108 van 1996.

<sup>84</sup> Bennet *Human Rights* 1; Asante "Nation Building and Human Rights in Emergent African Nations" 1969 *Cornell Int LJ* 72 85.

<sup>85</sup> 108 van 1996.

<sup>86</sup> Maithufi 1999 *Obiter* 198.

<sup>87</sup> 108 van 1996.

<sup>88</sup> Die bepalings van a 28 van die Grondwet van die RSA 108 van 1996 het wel horisontale werking agv a 8 van die Grondwet van die RSA 108 van 1996. Sien in hierdie verband Bennet 1999 *Obiter* 154.



byvoorbeeld in *Hlope v Mahlalela*<sup>89</sup> bevind dat die enigste faktor om in oorweging te neem in 'n bewaringsgeding die beste belang van die kind is. Volgens die hof word die inheemsregtelike reëls wat van toepassing is uitgesluit deur die beste belang maatstaf.

Die beste belang van die kind kan ook nie beperk word deur die reg op kultuur nie, omdat artikels 30 en 31 van die Grondwet,<sup>90</sup> wat vir laasgenoemde reg voorsiening maak, dit duidelik stel dat hierdie reg net uitgeoefen mag word in ooreenstemming met die ander regte in die Handves.<sup>91</sup>

Aan die anderkant is dit ook duidelik dat die beste belang maatstaf vaag en wyd genoeg geformuleer is om die houe die geleentheid te gee om kulturele norme en waardes in ag te neem.<sup>92</sup> Hierdie norme en waardes mag egter net nie bots met die ander regte in die Handves nie.

#### 4 GEVOLGTREKKING

Inheemsregtelike gebruike soos die *seantlo* en die *ukuvusa* het 'n belangrike rol te speel in die inheemse bevolking se kultuur. Dit is soms nodig om van hierdie praktyke gebruik te maak, ten einde die voortbestaan van 'n linie en die verwekking van 'n manlike erfgenaam te verseker.

Alhoewel hierdie praktyke dus 'n legitieme doel dien, kan dit nie beoefen word ten koste van die vrou en die kind se fundamentele regte nie. Daar is vasgestel dat die inheemse reg onderworpe aan die Grondwet<sup>93</sup> is en dat die reg op kultuur nie die regte van die vrou en die kind kan ondermyn nie. Gevolglik kan dit nodig word om die betrokke praktyke aan te pas of te herformuleer in soverre dit nie grondwetlik bestaanbaar is nie.

'n Wet wat surrogaatmoederskap reguleer kan daarom steeds voorsiening maak vir die toepassing van die betrokke gebruike vir sover dit nie bots met die Grondwet<sup>94</sup> nie.

---

<sup>89</sup> 1998 (1) SA 449 (T) 458F-G.

<sup>90</sup> 108 van 1996.

<sup>91</sup> Bennet 1999 *Obiter* 155.

<sup>92</sup> Bennet 1999 *Obiter* 100.

<sup>93</sup> 108 van 1996.

<sup>94</sup> 108 van 1996.

# **HOOFTUK AGT**

## **'N VOORGESTELDE SURROGAATMOEDERSKAPSWET**

### **VIR SUID-AFRIKA**

#### **1 INLEIDING**

Dit blyk duidelik uit die voorafgaande bespreking dat daar 'n behoefte aan statutêre regulering van surrogaatmoederskap is. In die afwesigheid van spesifieke wetgewing word daar nie vir die unieke vereistes van die surrogaatmoederskapsgeval voorsiening gemaak nie.

Dit is die oogmerk van hierdie hoofstuk om voorstelle te maak ten opsigte van wetgewing wat surrogaatmoederskap kan reël. Die Konsepwetsontwerp op Surrogaatmoederskap wat deur die Suid-Afrikaanse Regskommissie voorgestel is, is volledig en omvattend, tog is dit geformuleer sonder inagneming van die Grondwet.<sup>1</sup> Dit is vanweë die feit dat die Grondwet op daardie stadium nog nie geformuleer was nie. Die Konsepwetsontwerp word steeds as grondslag vir die voorgestelde wet voorgehou maar met wysigings en toevoegings waar nodig.

#### **2 WYSES WAAROP DIE STAAT SURROGAATMOEDERSKAP KAN BENADER**

##### **2 1 Inleiding**

Daar is basies vier metodes om surrogaatmoederskap te benader: behoud van die *status quo*, die *laissez-faire* benadering, kriminalisering van surrogaatmoederskap of van sekere vorms daarvan en regulering.<sup>2</sup> In hierdie afdeling sal die vier metodes bespreek word en die voordele en die nadele daarvan oorweeg word.

---

<sup>1</sup> 108 van 1996.

<sup>2</sup> Charo *United States: Surrogacy* in McLean (red) *Law Reform and Human Reproduction* (1991) 223 239-247; Mason *Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood* (1990) 241-244; Pretorius "Surrogate Motherhood: A Detailed Commentary on the Draft Bill" 1996 *De Rebus* 114 115.



## 2 2 Die *status quo* benadering

Die *status quo* benadering hou in dat die huidige regsposisie onveranderd bly voortbestaan.<sup>3</sup> Dit beteken onder andere dat die surrogaatmoeder haar ouerlike gesag behou en dat die hof haar dit nie sal ontnem bloot op grond van 'n kontrak wat sy voor die verwekking van die kind gesluit het nie.<sup>4</sup> Hierdie benadering lê klem op die biologiese band tussen die surrogaatmoeder en die kind en dit is hierdie band wat die regsposisie bepaal.<sup>5</sup>

Die nadeel van die *status quo* benadering is dat die huidige regsonsekerheid en onstabiliteit bly voortbestaan. Die regsposisie wat surrogaatmoederskap betref is onseker en onvoldoende om die praktyk genoegsaam te reguleer.<sup>6</sup> Bestaande wetgewing is nie geskryf met die oog op surrogaatmoederskap nie en maak nie vir die uniekheid van die situasie voorsiening nie.<sup>7</sup> Die gemeenregtelike stelreëls *mater semper certa est* en *pater est quem nuptiae demonstrant* gee nie uiting aan die bedoeling van die partye nie en het tot gevolg dat die surrogaatmoeder en haar man, indien sy getroud is, regtens die ouers van die kind is.<sup>8</sup> Hieruit kan weer uitgerekte en onwenslike litigasie voortvloei wat nadelig vir die kind se belange kan wees.<sup>9</sup>

Die *status quo* benadering kan in die lig van bogenoemde oorwegings nie ondersteun word nie.

## 2 3 Die *laissez-faire* benadering

Indien hierdie benadering nagevolg word, kan die partye die reëlins rondom hul surrogaatmoederskapsooreenkoms privaat reël.<sup>10</sup> Hiervolgens is die staat se enigste rol om te verseker dat die kontrak uitgevoer word, mits die partye dit vryelik en met die nodige

---

<sup>3</sup> Charo *United States* 240.

<sup>4</sup> Charo *United States* 240.

<sup>5</sup> Lupton "The Right to Be Born: Surrogacy and the Legal Control of Human Infertility" 1989 *Med Law* 483 492; SA Regskommissie *Verslag oor Surrogaatmoederskap* Projek 65 (1993) 141-142.

<sup>6</sup> Lupton 1989 *Med Law* 492.

<sup>7</sup> Sien hfst 3 vir 'n bespreking van die betrokke wetgewing.

<sup>8</sup> Sien hfst 4 vir 'n bespreking van die personereg.

<sup>9</sup> Lupton 1989 *Med Law* 492.

<sup>10</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 142; Lupton 1989 *Med Law* 492.

wilsooreenstemming gesluit het.<sup>11</sup>

'n Voordeel van hierdie benadering is dat dit aan die partye die geleentheid bied om die ooreenkoms te reël soos dit hulle die beste pas. Die kontraktereg sal die posisie reguleer en dit sal net goed werk vir solank die partye die ooreenkoms nakom.<sup>12</sup> Verbreek een van die partye die kontrak, moet die hof ingryp en 'n remedie bied vir die benadeelde party. Dit kan egter 'n probleem wees, omdat dit in die eerste plek onseker is of die hof daadwerklike vervulling sal beveel.<sup>13</sup> Die Suid-Afrikaanse howe was tot dusver nie baie geneë om daadwerklike vervulling as 'n remedie beskikbaar te stel in gevalle, soos die onderhawige, wat hoogs persoonlik van aard is nie.<sup>14</sup>

Tweedens sal skadevergoeding nie veel van 'n doel dien waar die surrogaat weier om die kind te oorhandig nie.<sup>15</sup> Die opdraggewende ouers se hoop was immers gevestig op die kind en nie op 'n som geld nie. Dit is ook onseker of die surrogaat oor die finansiële middele sal beskik om die skadevergoeding te betaal.<sup>16</sup>

'n Groot probleem met die *laissez-faire* benadering is dat dit die weg ooplaai vir kommersialisering van surrogaatmoederskap.<sup>17</sup> Dit staan die partye vry om die surrogaatmoeder 'n groot bedrag vergoeding te belowe ingevolge die kontrak, ten einde haar oor te haal om die ooreenkoms aan te gaan. Die kanse vir finansiële uitbuiting en misbruik is groot en daarom kan hierdie benadering nie goedgekeur word nie. Tog moet hierdie kritiek met omsigtigheid benader word. Soos reeds in Hoofstuk Twee geargumenteer,<sup>18</sup> sal hierdie kontraksterme as die verkoop van 'n kind geïnterpreteer word en is die bepaling van die kontrak, wat sodanige vergoeding stipuleer, teen die goeie sedes.

---

<sup>11</sup> Mason *Medico-Legal Aspects* 241.

<sup>12</sup> Charo *United States* 240 noem hierdie punt ivm die *status quo* benadering, maar dit is ewe geldig tov die *laissez-faire* benadering.

<sup>13</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 143.

<sup>14</sup> Tager "Surrogate Motherhood, Legal Dilemma" 1986 *SALJ* 381 396.

<sup>15</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 143.

<sup>16</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 143.

<sup>17</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 143; Lupton 1989 *Med Law* 492.

<sup>18</sup> Sien 7-25 *supra*.



Dit is geregverdigde kritiek om te argumenteer dat onsekerheid deur die benadering bevorder word. Waar sekere aangeleenthede nie kontraktueel gereël word nie, sal die hof oor die aangeleenthede moet besluit.<sup>19</sup> Dit sou beteken dat die hof op 'n *ad hoc* basis beslissings sal moet maak oor gevalle waarvan die feite min of meer dieselfde is.<sup>20</sup> Met geen statutêre riglyn om die hof te help om 'n beslissing te fel nie, kan groot regsonsekerheid in die hand gewerk word.

Die ontoepaslike remedies wat deur die kontraktereg gebied word en die regsonsekerheid wat deur 'n *ad hoc* benadering teweeg gebring word, regverdig 'n gevolgtrekking dat die *laissez-faire* benadering nie voorgestaan kan word nie.

## 2 4 Kriminalisering van surrogaatmoederskap

Die kriminalisering van surrogaatmoederskap kom daarop neer dat die praktyk regtens in die geheel verbied word of dat sekere vorme daarvan verbied word.<sup>21</sup> In die alternatief kan die kontrakte onafdwingbaar verklaar word, sonder om die praktyk te verbied.<sup>22</sup> Dit sou beteken dat dit nie 'n misdaad is om so 'n ooreenkoms aan te gaan nie, maar terselfdertyd kan die partye ook nie hoop om enigsins beskerm te word in die geval van kontrakbreuk nie.

Dit is bewys dat kommersiële surrogaatmoederskap onwenslik is weens die gevaar van uitbuiting van die surrogaat en die kommodifikasie van die kind.<sup>23</sup> Dit alleen regverdig egter nie 'n algehele verbod op surrogaatmoederskap nie, omdat altruïstiese surrogaatmoederskap 'n aanvaarbare alternatief tot kommersiële surrogaatmoederskap is.<sup>24</sup>

Volgens die Suid-Afrikaanse Regskommissie sal kriminalisering van surrogaatmoederskap "kortsigtig en selfverydelend" wees.<sup>25</sup> Kriminalisering sal die praktyk nie uitwis nie, maar

---

<sup>19</sup> Charo *United States* 242.

<sup>20</sup> Charo *United States* 245.

<sup>21</sup> Charo *United States* 245.

<sup>22</sup> Charo *United States* 245.

<sup>23</sup> Lupton 1989 *Med Law* 492-493.

<sup>24</sup> Lupton 1989 *Med Law* 492-493.

<sup>25</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 143.

dit wel ondergronds dryf waar dit moeilik is om enige misbruike te kontroleer.<sup>26</sup>

Vervolging sal bemoeilik word, omdat die dienste van mediese dokters en regsgeleerdes nie nodig is om die prosedure te reël nie.<sup>27</sup> Die partye kan onderling die ooreenkoms aangaan en die surrogaat op die natuurlike wyse beswanger.<sup>28</sup>

Strafsanksies sal ook nie noodwendig 'n doel dien nie en kan selfs nadelige gevolge vir die kind inhou. Wetgewing wat 'n boete op die opdraggewende ouers oplê, sal hulle waarskynlik nie afskrik nie. Vanweë die kostes verbonde aan surrogaatmoederskap is dit duidelik dat die opdraggewende ouers nie finansiële probleme ondervind nie.<sup>29</sup> Hulle sal daarom heeltemal geneë wees om die risiko van 'n boete wat opgelê word te neem ten einde hul doel te bereik.

Dit is moeilik denkbaar dat tronkstraf as 'n moontlike strafsanksie oorweeg sal word. Indien dit wel oorweeg word, sal alternatiewe sorg vir die kind gereël moet word, aangesien beide die surrogaat en die opdraggewende ouers tronkstraf kan uitdien.

Dit is duidelik uit bogenoemde besprekings dat surrogaatmoederskap nie gekriminaliseer behoort te word nie.<sup>30</sup>

## 2 5 Statutêre regulering

Die gemenereg<sup>31</sup> en bestaande wetgewing<sup>32</sup> maak nie vir surrogaatmoederskap voorsiening nie. Hierdie stand van sake het onbevredigende resultate vir die partye betrokke by die

---

<sup>26</sup> Lupton 1989 *Med Law* 492-293.

<sup>27</sup> Charo *United States* 245; Davies *Textbook on Medical Law* 2e uitg (1998) 257.

<sup>28</sup> Charo *United States* 245; Davies *Textbook* 257.

<sup>29</sup> Davies *Textbook* 257.

<sup>30</sup> Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het in kl 19(2) van hul Wetsontwerp voorgestel dat enige ooreenkoms vir vergoeding, wat nie direk verband hou nie met uitgawes rakende die kunsmatige bevrugting, swangerskap, geboorte en bekragtiging van die ooreenkoms, nie afdwingbaar is nie. Sodoende word die kern van die kommersiële transaksie verwyder. Die betrokkenes kan nie seker wees dat hulle 'n wins sal maak nie, omdat hulle nie by die hof 'n remedie sal ontvang in die geval van kontrakbreuk nie.

<sup>31</sup> Sien hfst 4.

<sup>32</sup> Sien hfst 3.



surrogaatmoederskapsooreenkoms.<sup>33</sup> Die navolging van die *status quo* en *laissez-faire* benaderings bied nie 'n gewenste oplossing nie. Soos aangedui skep kriminalisering van surrogaatmoederskap eiesoortige probleme. Die finale alternatief is die statutêre regulering van die praktyk.

Die voordeel verbonde aan statutêre regulering is dat dit standaarde daarstel waaraan voldoen moet word, die regsposisie van die partye duideliker maak en ook 'n metode daarstel vir die kontrolering van die praktyk. Voorstelle rondom die moontlike inhoud van 'n wet wat surrogaatmoederskap in Suid-Afrika kan reël, geniet vervolgens aandag.

### **3 DIE STATUTÊRE REGULERING VAN SURROGAATMOEDERSKAP**

#### **3 1 Twee alternatiewe benaderings tot regulering**

Daar is twee benaderings wat gevolg kan word ten opsigte van die moontlik statutêre regulering van surrogaatmoederskap. Die eerste is om die bestaande wetgewing te wysig sodat dit voorsiening maak vir surrogaatmoederskap.<sup>34</sup> Die tweede metode is om surrogaatmoederskap in afsonderlike wetgewing te reguleer.<sup>35</sup>

Soos uit Hoofstuk Drie geblyk het, verbied bestaande wetgewing nie surrogaatmoederskap nie, maar terselfdertyd reguleer dit die onderwerp ook nie. Pretorius stel voor dat bestaande wetgewing gewysig word en die leemtes aangevul word deur 'n verdere wet wat surrogaatmoederskap reguleer.<sup>36</sup>

Wat die wysiging van bestaande wetgewing aanbetref, stel Pretorius voor dat artikel 5(2)(c) bygevoeg word tot die bestaande artikel 5(2) van die Wet op die Status van Kinders.<sup>37</sup> Artikel 5(2) sal dan lees dat daar geen reg, plig of verpligting sal ontstaan tussen enige kind

<sup>33</sup> Soos bv dat die opdraggewende ouers itv a 5(1) en (2) van die Wet op die Status van Kinders 82 van 1987 geen ouerlike gesag het nie.

<sup>34</sup> Rae *The Ethics of Commercial Surrogate Motherhood: Brave New Families?* (1994) 169.

<sup>35</sup> Rae *Ethics* 169.

<sup>36</sup> Pretorius 1996 *De Rebus* 115-116.

<sup>37</sup> 82 van 1987. Pretorius *Surrogate Motherhood: Legal Issues* (1991) 448.

gebore as gevolg van kunsmatige bevrugting van 'n vrou en enige ander persoon wie se gamete gebruik is en die bloedverwante van sodanige persoon nie... 5(2)(c) behalwe soos anders bepaal deur die Wet op Surrogaatmoederskap.

Hoewel die wysiging van bestaande wetgewing 'n definitiewe opsie is, kan dit tot 'n gefragmenteerde benadering tot die regulering van surrogaatmoederskap lei. Dit sal nie wenslik wees om gedeeltes aan bestaande wetgewing, wat nie bedoel was om surrogaatmoederskap te reguleer nie, "aan te plak" nie. Die beste oplossing is om een wet te hê wat die onderwerp volledig reguleer, met die nodige verwysings na ander verbandhoudende wetgewing.<sup>38</sup>

### **3 2 Die grondslag van die voorgestelde wet**

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie se Voorgestelde Wetsontwerp op Surrogaatmoederskap,<sup>39</sup> is 'n goed nagevorsde en weldeurdragte dokument. Dit sal gevolglik as die grondslag vir die voorgestelde wet, wat in die volgende afdeling ter sprake kom, gebruik word. Sedert die wetsontwerp voorgestel is, het die Grondwet<sup>40</sup> in werking getree en daarom sal die nodige wysigings aangebring moet word om die voorgestelde wet grondwetlik regverdigbaar te maak. Die voorstelle wat in die tesis rakende nuwe bepalings, wat nie in die voorgestelde wetsontwerp vervat is nie, gemaak is, sal ook in die voorgestelde wet geïnkorporeer word.

### **3 3 'n Voorgestelde Wet op Surrogaatmoederskap vir Suid-Afrika**

#### **3 3 1 Inleiding**

Die voorgestelde wet word bespreek deur die inhoud van elke voorgestelde artikel te gee waarna die betrokke artikel ontleed sal word.

---

<sup>38</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 152.

<sup>39</sup> Algemene Kennisgewing 512 gepubliseer in *SK* 16479 van 1995-06-14.

<sup>40</sup> 108 van 1996.



### 3 3 2 Inhoud en bespreking van die voorgestelde wet

#### Lang titel van die Wet

Om voorsiening te maak vir die erkenning van sekere vorms van surrogaatmoederskap; om die regsgevolge van menslike voortplanting deur die kunsmatige bevrugting van vroue wat as surrogaatmoeders optree, te reguleer<sup>41</sup> en om voorsiening te maak vir aangeleenthede wat daarmee verband hou.

#### Woordomskrywing

1. In hierdie wet, tensy uit die samehang anders blyk, beteken -

"afkoelperiode" 'n tydperk van ses weke na die geboorte van die kind, waartydens die surrogaatmoeder die geleentheid het om te besluit of sy die kontrak onafdwingbaar wil verklaar en die kind hou. Die surrogaatmoeder kan nie van haar keusereg afstand doen nie. Indien sy die kind oorhandig voor verstryking van die afkoelperiode is haar besluit nietig en kan sy die kind terugeis.

Die perk van ses weke word ingestel sodat daar sekerheid vir die betrokkenes kan wees oor die surrogaat se besluit.<sup>42</sup> Dit gee ook aan die surrogaat die geleentheid om kalm na te dink oor haar keuse nadat die kind gebore is en sy beter in staat is om die volle implikasies van die oorhandiging te besef.<sup>43</sup> Die surrogaatmoeder kan nie op enige wyse van haar keusereg afstand doen nie. Hierdeur word verhoed dat sy onder druk geplaas of mislei word deur die opdraggewende ouers wat haar wil dwing om die kind te oorhandig.<sup>44</sup>

"gameet" 'n gameet soos omskryf in artikel 1 van die Wet op Menslike Weefsel,

---

<sup>41</sup> Verslag oor Surrogaatmoederskap 166.

<sup>42</sup> Sien 81 *supra*.

<sup>43</sup> Sien 81 *supra*.

<sup>44</sup> Sien 81 *supra*.

**1983 (Wet nommer 65 van 1983);**

**"hof" 'n afdeling van die Hooggeregshof van Suid-Afrika;**

**"huwelik" 'n huwelik aangegaan kragtens die siviele reg, die inheemse reg of godsdiens reg**

**"kunsmatige bevrugting: die kunsmatige bevrugting van 'n vroulike persoon soos omskryf in artikel 1 van die Wet op Menslike Weefsel, 1983;**

Bogenoemde vier omskrywings is vanselfsprekend. Die enigste wysigings wat aangebring moet word is die invoeging van 'n omskrywing van die term "huwelik".

**"opdraggewende ouer(s)" 'n persoon of persone wat 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms met 'n surrogaatmoeder sluit;**

Die voorgestelde wetsontwerp van die Suid-Afrikaanse Regskommissie vereis dat die opdraggewende ouers met mekaar getroud moet wees. Hierdie definisie is konstitusioneel onaanvaarbaar, omdat dit op diskriminasie op grond van huwelikstatus en seksuele oriëntasie neerkom.<sup>45</sup>

In Hoofstuk Vyf is daarop gewys dat die Kommissie stabiliteit aangevoer het as rede vir genoemde beperking. Die Kommissie was van mening dat slegs getroude persone 'n stabiele gesinsomgewing vir die kind kan bied.<sup>46</sup> Huwelikstatus is egter nie 'n bepalende faktor om 'n persoon se geskiktheid as ouer vas te stel nie.<sup>47</sup> Gevolglik is dit nodig om nie die definisie van opdraggewende ouers te beperk tot getroude persone nie.

---

<sup>45</sup> A 9 van die Grondwet 108 van 1996. Sien die bespreking in hfst 5.

<sup>46</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 153.

<sup>47</sup> *Field Surrogate Motherhood* 60. Sien ook Clark "Surrogate Motherhood: Comment on the South African Law Commission's Report on Surrogate Motherhood (Project 65) 1993 *SALJ* 769 772.



**"surrogaatmoeder" 'n meerderjarige vrou wat 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms met die opdraggewende ouer(s) sluit;**

Die Kommissie het nie die surrogaatmoeder as volwasse gedefinieer nie, waarskynlik vanweë die feit dat dit van mening was dat minderjariges tydens die evaluasieproses geëlimineer sou word. Om te verseker dat 'n volwasse en bevoegde persoon die besluit neem om as surrogaatmoeder op te tree, is dit egter beter om die vrou te omskryf as meerderjarig.<sup>48</sup>

Daar word nie in die wet spesifieke ouderdomsgrense neergelê nie, omdat die mediese geskiktheid van die surrogaat vanweë haar ouderdom tydens die keuringsproses deur 'n mediese praktisyn geëvalueer sal word.

**"surrogaatmoederskapsooreenkoms" 'n ooreenkoms tussen 'n surrogaatmoeder en ('n) opdraggewende ouer(s) waarby ooreengekom word dat die surrogaatmoeder haarself kunsmatig sal laat bevrug met die doel om 'n kind vir die opdraggewende ouer(s) te baar en waarby die surrogaatmoeder onderneem om die kind na afloop van die afkoelperiode aan die opdraggewende ouer(s) te oorhandig tensy die surrogaatmoeder besluit om terug te tree uit die kontrak na afloop van die afkoelperiode.**

Die definisie van 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms sal aangepas moet word, ten einde die surrogaatmoeder die geleentheid te gee om te besluit of sy die kind wil hou. Dit kan gedoen word deur statutêr te bepaal dat die surrogaat die keuse het om terug te tree uit die kontrak.<sup>49</sup> Hierdie keuse van haar kan uitgeoefen word na verloop van 'n afkoelperiode waarin sy rustig die gevolge van haar besluit kan oorweeg.<sup>50</sup>

**Surrogaatmoederskapsooreenkoms moet skriftelik wees en deur die hof bekragtig word.**

## **2. Geen surrogaatmoederskapsooreenkoms is geldig nie, tensy -**

<sup>48</sup> Pretorius 1996 *De Rebus* 117.

<sup>49</sup> Sien die bespreking 79-80 *supra*.

<sup>50</sup> Sien die bespreking 79-81 *supra*.

- (a) **die ooreenkoms op skrif gestel is en deur al die partye daarby onderteken is en vir doeleindes van artikel 2(a) beteken "al die partye" die surrogaatmoeder, haar eggenoot, indien sy getroud is, en die opdraggewende ouer(s);**

Die ooreenkoms word op skrif gestel omdat dit uit 'n bewysregtelike oogpunt beter is. Indien daar dan later 'n geskil sou wees oor die bepalings van die kontrak, behoort dit vir die partye makliker te wees om die inhoud van die ooreenkoms te bewys. Dit sal ook aan die partye 'n groter gevoel van sekuriteit gee as hulle weet dat hulle die ooreenkoms op skrif het. As gevolg van die bepalings van artikel 6(1)(d) hieronder, wat bepaal dat die surrogaat se man moet toestem tot die ooreenkoms, is dit waarskynlik nie nodig om die begrip "al die partye" te definieer nie. Dit is egter volledigheidshalwe beter om dit in te voeg.

- (b) **die ooreenkoms in die Republiek van Suid-Afrika gesluit is;**

Hierdie bepaling word ingevoeg sodat die opdraggewende ouers nie die geleentheid het om buite Suid-Afrika te probeer om 'n kind by wyse van surrogaatmoederskap te bekom nie. Die opdraggewende ouers kan op hierdie wyse probeer om die bepalings van die wet te omseil. Die wet bied beskerming aan al die betrokke partye, maar veral die kind wat verwek word. Deur die wet te omseil word die partye hierdie beskerming ontnem en so 'n toedrag van sake moet ten alle koste vermy word.

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie het die bepaling ingevoeg sodat gewettigde surrogaatmoederskap nie deur buitelanders misbruik kan word nie.<sup>51</sup> Die wetgewing deur die Kommissie voorgestel is gemik op Suid-Afrikaners binne die Suid-Afrikaanse konteks en nie op buitelanders nie.<sup>52</sup>

- (c) **die opdraggewende ouer(s), die surrogaatmoeder en haar eggenoot indien sy getroud is, tydens die sluiting van die ooreenkoms in die Republiek van Suid-Afrika gedomisilieerd is; en**

---

<sup>51</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 163.

<sup>52</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 163.



Hierdie bepaling is deur die Kommissie ingevoeg om dieselfde redes as die genoem onder artikel 2(b) hierbo. Verder stel die Kommissie dat dit ook 'n jurisdiksie aangeleentheid is: aangesien die Hof die ooreenkoms moet bekragtig voordat dit geldig is, is dit vanselfsprekend dat die partye se domisilie ten tyde van bekragting ook die Republiek moet wees.<sup>53</sup>

- (d) die ooreenkoms bekragtig is deur 'n hof binne wie se regsgebied die surrogaatmoeder gedomisilieerd of gewoonweg woonagtig is.**

Die ooreenkoms sal net geldig wees as dit deur die hof bekragtig is.<sup>54</sup> Die vereiste bring mee dat die hof die beste belang van die kind kan oorweeg nog voor hy verwek is.<sup>55</sup> Dit is verder ook in die belang van die partye dat die hof die ooreenkoms goedkeur, want dan kan daar aandag geskenk word aan die geskiktheid van die partye om 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms aan te gaan.<sup>56</sup>

### **Kwalifikasies van die surrogaatmoeder**

- 3. Geen surrogaatmoederskapsooreenkoms is geldig nie, tensy die vrou wat die surrogaatmoeder sal wees, by die sluiting van die ooreenkoms reeds op natuurlike wyse aan minstens een lewende kind geboorte gegee het.**

Die Kommissie se regverdiging vir die vereiste dat die surrogaat alreeds aan ten minste een lewende kind geboorte gegee het, is dat die vrou wat nog nie geboorte geskenk het nie, meer geneig sal wees om 'n band met die kind te vorm. Sy sal dit daarom moeiliker vind om van die kind afstand te doen.<sup>57</sup> Die Kommissie wys ook daarop dat dit in die geval van 'n getroude surrogaat probleme kan veroorsaak vir haar huwelik indien haar eerste kind 'n ander man s'n is.<sup>58</sup> Verder is 'n vorige natuurlike swangerskap 'n aanduiding dat sy fisies geskik

---

<sup>53</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 174.

<sup>54</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 175.

<sup>55</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 161.

<sup>56</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 161.

<sup>57</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 157.

<sup>58</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 158.

is om as surrogaatmoeder op te tree.<sup>59</sup>

'n Vrou wat nog nie vantevore kinders gehad het nie, kan probeer om te ontkom aan die kontrak deur te steun op onvoldoende wilsooreenstemming. Sy kan argumenteer dat sy nie bewus was van die band wat tussen haar en die kind sou vorm nie en gevolglik kon sy nie ingeligte toestemming gee nie.<sup>60</sup> Hierdie argument kan in 'n mate oorkom word deur die vereiste te stel dat die vrou reeds van tevore geboorte moes geskenk het.

Die voornemende surrogaatmoeder se optrede tydens haar vorige swangerskap kan ook vir die opdraggewende ouers 'n aanduiding wees van wat hulle van haar kan verwag gedurende haar swangerskap.<sup>61</sup>

Die Kommissie het vereis dat die surrogaat 'n getroude vrou, geskeide vrou of 'n weduwee moet wees.<sup>62</sup> Dit was vanweë die feit dat die regulasies,<sup>63</sup> uitgevaardig ingevolge die Wet op Menslike Weefsel,<sup>64</sup> op daardie stadium bepaal het dat slegs 'n getroude vrou kunsmatig bevrug mag word. Hierdie vereiste is in tussen geskrap<sup>65</sup> en enige sodanige beperking sal neerkom op onbillike diskriminasie op grond van huwelikstaat en seksuele oriëntasie.<sup>66</sup> Die ongetroude vrou kan gevolglik nie meer op grond van haar huwelikstatus verhoed word om as surrogaat op te tree nie.

### **Genetiese afkoms van die kind**

- 5. (1) Geen surrogaatmoederskapsooreenkoms is geldig nie, tensy die verwekking van die kind beoog in die ooreenkoms bewerkstellig staan te word deur die gebruik van die gamete van albei opdraggewende ouers, of waar dit nie moontlik**

---

<sup>59</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 158.

<sup>60</sup> 69 *supra*.

<sup>61</sup> 76-77 *supra*.

<sup>62</sup> K1 3.

<sup>63</sup> GK R 1182 in SK 10283 van 1986-06-20 soos gewysig deur GK R 1354 in SK 18362 van 1997-10-17.  
<sup>64</sup> 65 van 1983.

<sup>65</sup> GK R 1354 in SK 18362 van 1997-10-17.

<sup>66</sup> A 9(3) van die Grondwet 108 van 1996; 99 *supra*.



**is nie, van ten minste een van die opdraggewende ouers. In die geval van 'n ongetroude persoon wat as opdraggewende ouer optree, moet die kind geneties aan hom of haar verwant wees.**

Daar is twee redes waarom die Kommissie aanbeveel het dat die kind geneties aan ten minste een van die opdraggewende ouers verwant moet wees. Eerstens kan genetiese verwantskap die band tussen die opdraggewende ouers en die kind bevorder.<sup>67</sup> In die tweede plek kan dit voorkom dat opdraggewende ouers persone met bepaalde eienskappe soek om gamete te skenk.<sup>68</sup>

Dit mag voorkom asof daar teen onvrugbare ongetroude persone gediskrimineer word, omdat hulle nie van surrogaatmoederskap gebruik sal kan maak nie. In die geval van 'n getroude egpaar kan die vrugbare gade se gamete gebruik word indien die ander gade onvrugbaar is. Daar moet egter onthou word dat die doel met surrogaatmoederskap is om aan persone 'n kind te gee wat geneties aan hulle verwant is. Die doel is nie om die prosedure aan almal beskikbaar te stel nie.<sup>69</sup>

**(2) Die gamete van die surrogaatmoeder of haar eggenoot mag nie gebruik word om die verwekking van die kind beoog in die surrogaatmoederskaps-ooreenkoms te bewerkstellig nie.**

Dit blyk onregverdig te wees om die surrogaatmoeder of haar man te verplig om die kind te oorhandig indien hulle die genetiese ouers van die kind is.<sup>70</sup> Daar kan ook verwarring in die gesinstruktuur ontstaan indien die surrogaatmoeder of haar man familieledede van die opdraggewende ouers is. As die opdraggewende vrou se moeder byvoorbeeld die kind baar, sal die opdraggewende vrou in der waarheid haar broer of suster grootmaak.<sup>71</sup>

---

<sup>67</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 156.

<sup>68</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 156.

<sup>69</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 153; 119-120 *supra*.

<sup>70</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 156.

<sup>71</sup> Sien 31-32 *supra* vir 'n bespreking.

**Bekräftiging deur die hof**

6. (1) 'n Hof bekräftig nie 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms nie, tensy dit oortuig is dat -
- (a) die opdraggewende ouer(s) nie in staat is om aan 'n kind geboorte te gee nie en dat daardie toestand permanent en onomkeerbaar is.

In die geval van 'n getroude egpaar of 'n ongetroude vrou behoort hierdie vereiste nie onredelik te wees nie, omdat die vrou wat wel in staat is om aan 'n kind geboorte te gee kunsmatig bevrug kan word. Dit is dus nie werklik nodig dat daar van surrogaatmoederskap gebruik gemaak word nie. Waar die opdraggewende ouer 'n ongetroude man is, sal hy noodwendig nie in staat wees om geboorte te skenk nie en kan hy van 'n surrogaat gebruik maak.

'n Verdere argument wat ook hier gemaak kan word, is dat mans nie hul vrouens se genetiese tekortkominge sal aanvaar nie en soek na die perfekte vrou om hul kind te baar. In die lig van hierdie argument is die kind met ander woorde 'n kommoditeit en die man sal soek na die vrou wat hierdie kommoditeit die beste kwaliteite kan gee.<sup>72</sup> So 'n toedrag van sake moet ten alle koste vermy word, omdat dit nie in die beste belang van die kind of die man se huwelik kan wees nie.

Daar is in Hoofstuk Twee<sup>73</sup> voorgestel dat onvrugbaarheid gedefinieer sal moet word, sodat surrogaatmoederskap net toeganklik sal wees vir vrouens met onvrugbaarheidsprobleme, genetiese afwykings en gesondheidsprobleme. Sodoende kan vrouens wat te lank gewag het om swanger te raak vanweë byvoorbeeld hul loopbane en nou te oud is, uitgesluit word. Indien hulle nie uitgesluit sou word nie, sou dit daarop neerkom dat hulle surrogaatmoederskap vir gerief gebruik. Surrogaatmoederskap vir gerief is nie moreel aanvaarbaar nie. Hierdie aangeleentheid is reeds volledig gedebatteer in Hoofstuk Twee.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> Freeman in *Legal Issues* 173.

<sup>73</sup> 44 *supra*.

<sup>74</sup> 43-45 *supra*.



Dit is egter nie nodig om onvrugbaarheid te definieer ten einde die ouer vrou uit te sluit nie. Tydens die evaluasieproses sal die hof in agneem dat die vrou wel in staat was om kinders op die natuurlike wyse te baar, maar vanweë sekere oorwegings die swangerskap uitgestel het. Dit sou beteken dat vrouens wat surrogaatmoederskap net vir gerief wil gebruik, uitgesluit sal word deur die evaluasieproses.

**(b) die opdraggewende ouer(s) -**

**(i) ingevolge hierdie wet nie onbevoeg is om die ooreenkoms te sluit nie;**

Dit gaan hier oor die feit dat die partye die bepalings van die wet moet nakom, soos byvoorbeeld die bepalings in artikel 2(a) en (c) wat betref domisilie.<sup>75</sup> Die opdraggewende ouers moet natuurlik ook handelingsbevoeg wees om die ooreenkoms te sluit.

**(ii) in alle opsigte ('n) geskikte persoon of persone is om die ouerskap van die kind wat verwek staan te word, te aanvaar;**

Dit gaan hier oor die liggaamlike gesondheid, sielkundige ingesteldheid en finansiële vermoëns van die opdraggewende ouers.<sup>76</sup> Die beste belang van die kind vereis dat hulle streng gekeur word, sodat verseker kan word dat hulle geskikte persone is om ouers vir die kind te wees.

Waar die opdraggewende ouer(s) gamete skenk, sal hulle ook aan streng mediese keuring onderwerp word.<sup>77</sup> Dit sal verseker dat die kind nie met enige genetiese defekte gebore word nie. Daar kan ook voorkom word dat siektes soos VIGS na die kind versprei word.

**(iii) die regsgevolge van die ooreenkoms en van hierdie wet en**

---

<sup>75</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 175.

<sup>76</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 176.

<sup>77</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 153.

**sy/haar/hul regte en verpligtinge daarkragtens begryp en aanvaar;**

Die opdraggewende ouers moet 'n ingeligte besluit neem wanneer hulle die ooreenkoms aangaan.<sup>78</sup> Dit beteken dat hulle verstaan dat hulle die ouers van die kind sal wees en hom as hul eie sal grootmaak.<sup>79</sup>

**(c) die surrogaatmoeder -**

**(i) ingevolge hierdie wet nie onbevoeg is om die ooreenkoms te sluit nie;**

Ingevolge hierdie bepaling moet die surrogaat en haar man artikels 2(a) en (c) nakom. Dit hou verband met die domisilie van die partye. Die surrogaatmoeder moet ook handelingsbevoeg wees ten einde die ooreenkoms te kan sluit.

**(ii) in alle opsigte 'n geskikte persoon is om as surrogaatmoeder op te tree;**

Die kind se gesondheid sal tot 'n groot mate afhang van die fisiese gesondheid van die surrogaat. Haar sielkundige ingesteldheid is ook van groot belang, omdat dit 'n rol sal speel in die besluit om die kind aan die opdraggewende ouers te oorhandig.

Behoorlike sielkundige evaluasie van die surrogaat sal ook verseker dat sy wel 'n ingeligte besluit neem wanneer sy die kontrak sluit. Tydens evaluasie sal daar vasgestel kan word of sy die aard en gevolge van haar besluit ten volle kan verstaan. Slegs indien sy dit verstaan en steeds bereid is om voort te gaan met kontraksluiting, kan daar geargumenteer word dat sy ingeligte toestemming gegee het.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 176.

<sup>79</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 176.

<sup>80</sup> 68-70 *supra*.



Dit sal ook nodig wees om die surrogaatmoeder, en haar eggenoot indien sy getroud is, te evalueer met betrekking tot hul geskiktheid om as ouers op te tree. Die surrogaat het statutêr die reg om uit die ooreenkoms terug te tree indien sy sou wil.<sup>81</sup> Daarom is dit nodig dat die hof oortuig is van die feit dat sy wel 'n geskikte ouer sal wees.

- (iii) die regsgevolge van die ooreenkoms en van hierdie wet en haar regte en verpligtinge daarkragtens begryp en aanvaar;**

Net soos die opdraggewende ouers, sal die surrogaat ook ingeligte toestemming moet gee voordat sy haarself ingevolge die ooreenkoms kan verbind.

- (d) die eggenoot van die surrogaatmoeder, indien sy getroud is, 'n party by die ooreenkoms is en skriftelik tot die ooreenkoms toegestem het;**

Dit word nie as vereiste gestel dat die surrogaat getroud moet wees nie. Indien sy egter wel getroud is, sal dit net regverdig wees indien haar eggenoot 'n party tot die ooreenkoms is. Die beswangering van sy vrou kan immers 'n groot impak hê op hul huweliksverhouding en daarom is dit wenslik dat hy skriftelik tot die ooreenkoms toestem.

- (e) die nie-materiële belange van geen kind van die partye deur die uitvoering van die ooreenkoms benadeel sal word nie;**

Die kinders van die opdraggewende ouers, asook dié van die surrogaat, se emosionele behoeftes moet in aggeneem word. Die hoeveelheid aandag en liefde wat die opdraggewende ouers se kinders ontvang, sal noodwendig afneem met die koms van die nuwe kind. Dit is egter nie noodwendig nadelig nie en daarom sal die feite van elke geval beoordeel moet word.<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> Ingevolge die definisie van 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms in a 1.

<sup>82</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 154-155. Die Kommissie was van mening dat die vraag was of die bestaande kinders nadelig geraak sal word deur die toevoeging van nog 'n kind tot die gesin dmv surrogaatmoederskap.

Die surrogaatmoeder se kinders kan ook emosionele trauma ervaar, indien hulle nie voldoende voorberei word op die uiteindelijke oorhandiging van die kind nie. Hulle kan die situasie verkeerd interpreteer en dink dat hulle ook "weggegee" sal word.<sup>83</sup> Dit is daarom duidelik in hul beste belang om die prosedure vooraf aan hulle te verduidelik op 'n wyse wat hulle sal verstaan.<sup>84</sup>

'n Vraag wat die Kommissie moes beantwoord is of die opdraggewende ouers wel van surrogaatmoederskap gebruik kan maak indien hulle alreeds lewende afstammelinge het.<sup>85</sup> Dit is veral moeilik om hierdie vraag te beantwoord waar die opdraggewende ouers kinders uit vorige huwelike of buite-egtelike kinders het, maar geen kinders saam het nie. Dit is ook problematies indien hul ander kind gestrem is en hulle graag 'n normale kind wil hê.<sup>86</sup> 'n Argument wat gemaak word ten gunste van die beskikbaarstelling van surrogaatmoederskap vir sodanige persone, is dat aannemende ouers nie tot een kind beperk word nie. Daarom word geargumenteer dat opdraggewende ouers ook nie tot een kind beperk moet word nie.<sup>87</sup> Die Kommissie se aanbeveling was dat daar vasgestel moet word of dit in belang van die kinders van die opdraggewende ouers is dat daar nog 'n kind deur middel van surrogaatmoederskap verwek word.<sup>88</sup> Indien hul belange nie nadelig geraak word nie, kan die hof die surrogaatmoederskapsooreenkoms goedkeur.

- (f) na die oordeel van die hof, die ooreenkoms genoegsame bepalinge bevat wat voorsiening maak vir die toesig en beheer oor en die versorging, opvoeding en algemene welsyn van die kind wat gebore staan te word in die geval van die dood van die opdraggewende ouer(s), of die egskedding van die opdraggewende ouers of die beëindiging van hul saamwoonverhouding voor die geboorte van die kind;**

<sup>83</sup> Richard Gilbert, 'n prokureur van Los Angeles, soos aangehaal in *Hansard* 18 Junie 1997 kol. 4068-4069, huldig hierdie mening.

<sup>84</sup> Dr T Atherton, 'n raadgewer by die Bournehall Kliniek in Cambridge, soos aangehaal in *Hansard* 18 Junie 1997 kol 4069, huldig hierdie mening.

<sup>85</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 154-155.

<sup>86</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 154.

<sup>87</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 154.

<sup>88</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 155.



Reeds voor die kind se geboorte, moet die hof seker maak dat daar na sy beste belang omgesien word. Behoorlike keuring van die opdraggewende ouers sal tot 'n groot mate die risiko dat hulle sal skei of hul saamwoonverhouding sal beëindig, voorkom.<sup>89</sup> Sou die partye instem daartoe, kan die surrogaatmoeder en haar man as die voogde van die kind aangewys word, sou die opdraggewende ouers sterf voor die kind se geboorte.<sup>90</sup> Die surrogaat sal waarskynlik emosioneel die mees geskikte persoon wees om na die kind om te sien, vanweë die feit dat sy geboorte geskenk het aan die kind.

- (g) in die algemeen, met inagneming van die persoonlike en gesinsomstandighede van al die betrokke partye, maar bowenal die belange van die kind wat gebore staan te word, die ooreenkoms bekragtig behoort te word.**

Die beste belang van die kind wat gebore sal word is die deurslaggewende faktor wat die hof moet lei in sy besluit. Dit is egter nie die enigste faktor nie en die hof moet al die omstandighede wat relevant is, inagneem.

- (2) Ten einde die hof in staat te stel om die aansoek om bekragtiging van die ooreenkoms na behore te oorweeg, moet afdoende getuienis voorgelê word betreffende -**

- (a) die onvermoë van die opdraggewende ouer(s) om aan 'n lewende kind geboorte te gee en die permanentheid en onomkeerbaarheid van daardie onvermoë;**
- (b) die fisieke en geestelike geskiktheid van die surrogaatmoeder om as sodanig op te tree en haar, en haar eggenoot indien sy getrou is, (se) geskiktheid om die kind se ouer(s) te wees, sou sy besluit om die kind te hou;**

---

<sup>89</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 176

<sup>90</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 160.

- (c) **die sielkundige geskiktheid van die opdraggewende ouer(s) om die ouerskap van die kind te aanvaar;**
- (d) **gesinsomstandighede van die betrokke partye; en**
- (e) **die belange van enige afstammeling of aangenome kind van die opdraggewende ouer(s).**

Volgens die Kommissie is die bepalings van artikel 6(2) oorbodig.<sup>91</sup> Dit is egter wel ingevoeg, omdat daar gevoel is dat die wet duidelikheid behoort te gee oor wat aan die hof voorgelê moet word.<sup>92</sup> In hierdie verband word voorgestel dat mediese, sielkundige en maatskaplike werkersverslae aan die hof voorgelê word, sodat die hof op grond daarvan sy besluit kan neem.<sup>93</sup>

- (3) **Die oorspronklike surrogaatmoederskapsooreenkoms moet aan die hof voorgelê word.**

Die oorspronklike, skriftelike ooreenkoms, waaruit die partye se bedoeling en hul bereidwilligheid om die ooreenkoms deur te voer blyk,<sup>94</sup> moet aan die hof voorgelê word.<sup>95</sup>

- (4) **Die hof is bevoeg om die bekragtiging van die ooreenkoms aan voorwaardes wat dit goetvind, onderworpe te stel.**

Die feite van elke geval sal verskil en daarom behoort die hof in staat gestel te word om in gepaste gevalle voorwaardes op te lê.<sup>96</sup>

---

<sup>91</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 177.

<sup>92</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 177.

<sup>93</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 177.

<sup>94</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 161.

<sup>95</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 177.

<sup>96</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 177.



**Kunsmatige bevrugting van die surrogaatmoeder****7. (1) Geen kunsmatige bevrugting van die surrogaatmoeder mag plaasvind nie -**

- (a) alvorens die surrogaatmoederskapsooreenkoms deur die hof bekragtig is;**

Hierdie bepaling sal die surrogaatmoeder tot 'n groot mate beskerm. Daar kan ingesien word dat die opdraggewende ouers moontlik van die ooreenkoms kan onttrek na die bevrugting van die surrogaat. Indien die hof dan nog nie die ooreenkoms bekragtig het nie, sal die surrogaat regtens as die kind se moeder erken word.<sup>97</sup> Die opdraggewende ouers sal nie gebonde wees om die kind te aanvaar nie en die surrogaat sal 'n kind, wat sy nie van plan was om te hou nie, moet grootmaak. Ten einde haar teen hierdie gevaar te beskerm, behoort die hof daarom eers die ooreenkoms te bekragtig voor sy beswanger word.<sup>98</sup> Die opdraggewende ouers is dan gebonde aan die ooreenkoms en sal regtens as die ouers van die kind beskou word.<sup>99</sup>

- (b) na verloop van 12 maande vanaf die datum van bekragtiging van die betrokke ooreenkoms deur die hof.**

Die ooreenkoms sal verval indien die surrogaat nie binne twaalf maande vanaf die datum van bekragtiging beswanger word nie.<sup>100</sup> Hierdie reëling voorkom dat daar 'n lang tydperk verloop voor beswangering plaasvind. Gedurende 'n lang tydsverloop is dit moontlik dat omstandighede kan verander wat dit onwenslik maak om met die ooreenkoms voort te gaan.<sup>101</sup>

Indien kunsmatige bevrugting na twaalf maande nog nie suksesvol bewerkstellig is nie, sal dit 'n aanduiding wees dat die surrogaat waarskynlik nie swanger gaan raak nie. Dit dien met

---

<sup>97</sup> Sien a 8(2) van hierdie wet.

<sup>98</sup> Sien 126-127 *supra* vir 'n volledige bespreking van hierdie onderwerp.

<sup>99</sup> Dit sal die posisie wees nadat die surrogaat die kind aan die opdraggewende ouers oorhandig het. *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 177.

<sup>101</sup> Sien 127 *supra* vir 'n bespreking.

ander woorde as afsnypunt vir die werking van die kontrak, sodat die surrogaat nie vir 'n onbepaalde tydperk aan kunsmatige bevrugting onderwerp moet word nie.<sup>102</sup>

- (2) **Die kunsmatige bevrugting van 'n surrogaatmoeder ter uitvoering van 'n ooreenkoms in hierdie wet beoog, geskied ooreenkomstig die bepalings van die Wet op Menslike Weefsel, 1983.**

Die Wet op Menslike Weefsel<sup>103</sup> reguleer kunsmatige bevrugting en stel maatreëls daar wat die partye, die kind en die samelewing beskerm.<sup>104</sup> Genoemde wet maak egter nie voorsiening vir die keuring van die partye ten opsigte van 'n surrogaatmoederskaps-ooreenkoms nie.<sup>105</sup> In hierdie verband sal die bepalings van die Wet op Surrogaatmoederskap van toepassing wees.

#### Uitwerking van die surrogaatmoederskapsooreenkoms

8. (1) **Die gevolge van 'n geldige surrogaatmoederskapsooreenkoms is dat -**
- (a) **enige kind wat as gevolg van die kunsmatige bevrugting van 'n surrogaatmoeder ooreenkomstig die ooreenkoms gebore word, vir alle doeleindes die kind is van die opdraggewende ouer(s), en indien die opdraggewende ouers getroud is, asof die opdraggewende eggenote binne haar huwelik met die opdraggewende eggenoot aan die kind geboorte gegee het, tensy die surrogaatmoeder besluit om die kind te hou;**

Hierdie is waarskynlik een van die belangrikste bepalings van die Wet op Surrogaatmoederskap. Die enigste wyse waarop die opdraggewende ouers huidiglik regtens die ouers

---

<sup>102</sup> Sien 127 *supra* vir 'n bespreking.

<sup>103</sup> 65 van 1983.

<sup>104</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 161.

<sup>105</sup> Sien die bespreking van die Wet op Menslike Weefsel, 65 van 1983 op 47-52 *supra*.



van die kind kan word, is om die kind aan te neem.<sup>106</sup> Artikel 8(1)(a) gee uiting aan die bedoeling van die partye.

Die kind wat gebore word, word regtens outomaties die kind van die opdraggewende ouers. Indien die opdraggewende ouers getroud is, kan hulle die kind as hul binne-egtelike kind registreer. Die opdraggewende ouers is ook verplig om die kind te neem, selfs al sou die kind gestrem wees.<sup>107</sup> Hierdie bepaling is onderhewig aan die surrogaatmoeder se reg om terug te tree uit die kontrak.

- (b) die surrogaatmoeder regtens as die moeder van die kind beskou word, indien sy sou besluit om uit die ooreenkoms terug te tree en indien sy getroud is, word dit geag dat sy binne haar huwelik met haar eggenoot aan die kind geboorte gegee het;**

Hierdie artikel spel die regsgevolge uit indien die surrogaatmoeder besluit om terug te tree uit die ooreenkoms.

- (c) die surrogaatmoeder die kind aan die opdraggewende ouers sal oorhandig, na verloop van die afkoelperiode, indien sy besluit om nie die kind te hou nie;**

Die surrogaat word die geleentheid gegun om, na die kind se geboorte, te besluit of sy uit die kontrak wil terugtree en die kind hou. Sy word hierdie geleentheid gegun, omdat dit onwenslik is om die kind met geweld van die onwillige surrogaat te verwyder. 'n Gedwonge verwydering sal die kind en die surrogaat aan geweldige emosionele trauma blootstel en moet ten alle koste vermy word.<sup>108</sup> Ongelukkig sal die opdraggewende ouers nie die kind ontvang waarop hulle gehoop het nie, maar hulle sal bewus wees van die bestaan van die risiko wanneer hulle die kontrak sluit. Behoorlike keuring van die surrogaat sal tot 'n groot mate

---

<sup>106</sup> As gevolg van die werking van a 5(1) van die Wet op die Status van Kinders, 82 van 1987, en die stelreëls *mater semper certa est* en *pater est quem nuptiae demonstrant* is die surrogaatmoeder en haar man, indien sy getroud is, die ouers van die kind.

<sup>107</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 177-178.

<sup>108</sup> Vir 'n volledige bespreking sien 79-85 *supra*.

voorkom dat sy nie die kind aan die opdraggewende ouers oorhandig nie.<sup>109</sup>

- (d) die surrogaatmoeder of haar eggenoot geen regte van ouerskap of toesig of beheer oor of toegang tot die kind het nie, indien die surrogaat besluit om die kind te oorhandig aan die opdraggewende ouers;**

Die werking van artikel 5(1) van die Wet op die Status van Kinders<sup>110</sup> word geneutraliseer deur hierdie bepaling, indien die surrogaat besluit om die kind aan die opdraggewende ouers te oorhandig.

- (e) behoudens artikel 10, geen surrogaatmoederskapsooreenkoms beëindig kan word nadat die kunsmatige bevrugting van die surrogaatmoeder plaasgevind het nie;**

Artikel 8(1)(e) beskerm die surrogaatmoeder teen die terugtrede van die opdraggewende ouers uit die ooreenkoms. Sou die opdraggewende ouers kon terugtree, sou die surrogaat die kind moes grootmaak sonder dat dit haar bedoeling was om die kind te hou.

Die bedoeling van die partye bring mee dat die surrogaat statutêr die reg het om terug te tree uit die ooreenkoms, alhoewel die opdraggewende ouers nie hierdie geleentheid gegun word nie. Dit is vanweë die feit dat die opdraggewende ouers alreeds by kontraksluiting bewus is dat die surrogaat kan onttrek van die ooreenkoms. Surrogate sal ook nie maklik 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms wil sluit nie, as hulle weet dat die opdraggewende ouers kan terugtree nie.

- (f) sonder om aan die algemeenheid van paragraaf (a) afbreuk te doen, maar behoudens die bepalings van artikel 6(1)(b), die kind geen reg van onderhoud of erfopvolging teenoor die surrogaat-**

---

<sup>109</sup> A 6(1)(c)(ii).

<sup>110</sup> 82 van 1987.



**moeder, haar eggenoot of enige van hulle familieleden het nie, indien die surrogaat die kind aan die opdraggewende ouers oorhandig.**

Indien die surrogaat besluit om die kind te oorhandig, het sy en haar man geen regte en verpligtinge teenoor die kind nie.

- (2) Enige surrogaatmoederskapsooreenkoms wat nie aan die bepalings van hierdie wet voldoen nie, is ongeldig, en enige kind wat gebore word as gevolg van enige optrede ter uitvoering van so 'n ooreenkoms, word behoudens die bepalings van artikel 5 van die Wet op die Status van Kinders, 1987 (wet no 82 van 1987), vir alle doeleindes geag die kind te wees van die vrou wat aan daardie kind geboorte gegee het.**

Die effek van hierdie bepaling is dieselfde as wanneer die surrogaat besluit om uit die ooreenkoms terug te tree en die kind te hou. Artikel 8(2) verseker ook verder dat die partye die ooreenkoms nakom soos wat dit deur die hof bekragtig is.<sup>111</sup> Indien die ooreenkoms nie aan die vereistes van die wet voldoen nie en die surrogaat wil wel die kind oorhandig, sal die opdraggewende ouers die kind moet aanneem ten einde ouerlike gesag te bekom.

Die huidige regsposisie ten opsigte van die status van kinders bly ook behoue, omdat die kind die surrogaat se buite-egtelike kind sou wees indien haar eggenoot nie toegestem het tot haar kunsmatige bevrugting nie<sup>112</sup> of indien sy ongetroud was.<sup>113</sup> Indien haar eggenoot toegestem het tot kunsmatige bevrugting, is die kind hul binne-egtelike kind.<sup>114</sup>

### **Die effek van bedrog en afpersing op die keusereg van die surrogaat**

- 9. (1) Waar die surrogaatmoeder skuldig bevind word daaraan dat sy die opdraggewende ouers afgepers of bedrieg het, verloor sy haar reg om terug te tree**

<sup>111</sup> Verslag oor Surrogaatmoederskap 178.

<sup>112</sup> Ingevolge die *mater semper certa est*-stelreël.

<sup>113</sup> Ingevolge die *mater semper certa est*-stelreël.

<sup>114</sup> A 5(1)(a) van die Wet op die Status van Kinders 82 van 1987.

**uit die kontrak.**

Die verkryging van 'n keusereg deur die surrogaat, kan daartoe lei dat sy die opdraggewende ouers bedrieg of afpers.<sup>115</sup> Dit sal nie regverdig wees indien sy met hierdie tipe optrede kon wegkom nie en daarom behoort sy haar keusereg ontnem te word by skuldigbevinding aan hierdie misdade.

**(2) Indien die surrogaatmoeder aldus skuldig bevind word, moet sy die kind onmiddellik na geboorte aan die opdraggewende ouers oorhandig of so gou as wat redelik moontlik is.**

Die doel van die ses weke afkoelperiode is om aan die surrogaat die geleentheid te gun om rasioneel te besluit of sy die kind wil hou. 'n Skuldigbevinding ontnem haar van hierdie keusereg.

**(3) Indien die surrogaatmoeder aldus skuldig bevind word, is enige kind wat as gevolg van die kunsmatige bevrugting van 'n surrogaatmoeder ooreenkomstig die ooreenkoms gebore word, vir alle doeleindes die kind van die opdraggewende ouer(s), en indien die opdraggewende ouers getroud is, is dit asof die opdraggewende eggenote binne haar huwelik met die opdraggewende eggenoot aan die kind geboorte gegee het.**

Hierdie bepaling sit die regsposisie rondom ouerlike gesag uiteen in die geval van die skuldigbevinding van die surrogaat.

**Beëindiging van swangerskap**

**10. (1) 'n Surrogaatmoederskapsooreenkoms word beëindig deur 'n vrugafdrywing wat ingevolge die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap, 1996 (wet nommer 92 van 1996) uitgevoer mag word.**

---

<sup>115</sup> Sien 83-85 *supra* vir 'n bespreking van die onderwerp.



Die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap<sup>116</sup> volg 'n baie liberale benadering tot vrugafdrywing. Die swanger vrou kan op aanvraag 'n aborsie verkry, onderhewig aan sekere voorwaardes en sy het nie die toestemming van die opdraggewende ouers of haar eggenoot nodig nie.<sup>117</sup>

**(2) Vir doeleindes van die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap, 1996, berus die besluit om 'n vrugafdrywing te ondergaan by die surrogaatmoeder.**

Die opdraggewende ouers kan gevolglik nie die surrogaatmoeder dwing om voort te gaan met die swangerskap nie.<sup>118</sup> Terselfdertyd kan die opdraggewende ouers ook nie die surrogaat dwing om 'n vrugafdrywing te ondergaan indien sy nie wil nie. Sou die kind gebreklik gebore word, omdat die surrogaat geweier het om 'n vrugafdrywing te ondergaan, kan die opdraggewende ouers nie weier om die kind te ontvang nie.<sup>119</sup>

**(3) Sonder om aan die algemeenheid van subartikel (2) afbreuk te doen, moet die opdraggewende ouers in 'n geval bedoel in artikel 2(1)(a), (b)(ii), (b)(iv), (c)(ii) en (c)(iii) van die Wet op Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap, 1996, oor die omstandighede ingelig word en toegelaat word om met die surrogaatmoeder te konsulteer alvorens 'n vrugafdrywing uitgevoer word.**

Indien sy die vrugafdrywing wil ondergaan vir redes anders as dat die voortgesette swangerskap haar lewe en gesondheid bedreig, behoort sy eers met die opdraggewende ouers te konsulteer. Hulle kan haar nie verhoed om 'n vrugafdrywing te ondergaan nie, maar hulle kan ten minste 'n geleentheid gegun word om aangehoor te word voordat daar met die prosedure voortgegaan word. Dit mag wees dat die fetus gebreklik is, maar dat die opdraggewende ouers steeds bereid is om die gebrekklike kind groot te maak.

---

<sup>116</sup> 92 van 1996.

<sup>117</sup> Sien Snyman *Strafreg* 4e uitg (1999) 442-446 vir 'n volledige bespreking van die Wet op die Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92 van 1996.

<sup>118</sup> 'n Kontraksterm wat die surrogaat verbied om 'n aborsie te ondergaan, sal ongeoorloof wees. Sien in hierdie verband 75-76 *supra*.

<sup>119</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 179.



**Betaling ten opsigte van surrogaatmoederskap verbode**

11. (1) Behoudens die bepalings van subartikels (2) en (3) mag niemand in verband met 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms aan enige persoon 'n beloning in geld of goed gee of belowe om te gee of van enige persoon ontvang nie.

Hierdie algehele verbod op die gee van vergoeding behoort kommersialisering en tussengangers, soos agentskappe, te ontmoedig.<sup>120</sup> Daar is voorheen tot die gevolgtrekking gekom dat kommersiële surrogaatmoederskap nie net moreel onaanvaarbaar is en nadelig is vir die surrogaat en die kind nie,<sup>121</sup> maar dat dit ook, in die afwesigheid van 'n wet soos die onderhawige, onwettig is.<sup>122</sup>

- (2) Uitgesonderd vergoeding van uitgawes wat direk verband hou met die kunsmatige bevrugting en die swangerskap van die surrogaatmoeder, die geboorte van die kind en die bekragtiging van die surrogaatmoederskapsooreenkoms, is geen belofte of ooreenkoms vir die betaling van enige vergoeding aan 'n surrogaatmoeder of iemand anders in verband met 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms of die uitvoering van so 'n ooreenkoms, afdwingbaar nie.

'n Kommersiële surrogaatmoederskapskontrak is ingevolge artikel 11(2) onafdwingbaar. Dit is gevolglik nie nodig om kommersiële surrogaatmoederskap in die Wet op Surrogaatmoederskap te verbied nie, vanweë die aard van die kommersiële transaksie self. Die doel van 'n kommersiële transaksie is om 'n wins te maak. Sou dit nie moontlik wees om die vergoeding regtens af te dwing nie, sal dit nie werklik van veel nut wees om die ooreenkoms aan te gaan nie.<sup>123</sup> Weens die bewoording van artikel 11(1) en (2) sal die verbod op betaling van vergoeding aan die surrogaat vir meer as haar redelike uitgawes nie omseil kan word

---

<sup>120</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 179.

<sup>121</sup> 7-25 *supra*; *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 157.

<sup>122</sup> Die betaal van vergoeding aan die surrogaat kom neer op die betaling vir aanneming wat 'n oortreding is van a 24 van die Wet op Kindersorg 74 van 1983. Sien ook 13-15 *supra* en 53-54 *supra*. Die maak van 'n wins deur die surrogaat kan ook aanleiding gee tot die ongeoorlooftheid van die kontrak. Sien in hierdie verband 74-75 *supra*.

<sup>123</sup> 129-130 *supra*.



omseil kan word deur die betaling van die vergoeding aan iemand anders nie.<sup>124</sup>

Die surrogaat is natuurlik geregtig op vergoeding vir uitgawes wat direk verband hou met bogenoemde aangeleenthede. Dit is ook net regverdig aangesien die bestaan van hierdie uitgawes te wyte is aan die aangaan van die ooreenkoms. Vanweë die feit dat sy geen wins maak nie, kom die gee van hierdie vergoeding nie neer op die kommersialisering van die ooreenkoms nie.

**(3) Iemand wat te goeder trou 'n professionele regs- of mediese diens met die oog op bekragtiging van 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms ingevolge artikel 6 of ter uitvoering van so 'n ooreenkoms lewer, is geregtig op vergoeding daarvoor.**

Ten einde die surrogaatmoederskapsprosedure so vlot as moontlik te laat verloop, sal dit nodig wees om van professionele persone gebruik te maak. Hierdie persone sal geregtig wees op vergoeding vir die dienste wat hulle lewer. Die *bona fide* vereiste word ingevoeg met die oog op gevalle waar die beroepslui dienste verskaf het met die doel dat die ooreenkoms bekragtig sal word, welke bekragtiging dan nie plaasvind nie.<sup>125</sup>

### **Identiteit van die partye**

**12. (1) Die identiteit van die partye by hofverrigtinge in verband met 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms mag nie sonder die skriftelike toestemming van die betrokke partye bekendgemaak word nie.**

Die Wet op Menslike Weefsel<sup>126</sup> beskerm die partye se privaatheid nadat daar met die proses van kunsmatige bevrugting begin is.<sup>127</sup> Artikel 11(1) van die Wet op Surrogaatmoederskap sal die partye beskerm nog voordat daar met die bevrugtingsproses begin is.

---

<sup>124</sup> Byvoorbeeld die surrogaat se man.

<sup>125</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 179.

<sup>126</sup> 65 van 1983.

<sup>127</sup> A 33.

Selfs al sou die partye besluit om die aangeleentheid te publiseer sal dit op so 'n wyse gedoen moet word dat die kind nie geïdentifiseer word nie.<sup>128</sup> 'n Verbod op publikasie sal moontlik ook kommersialisering ontmoedig, as gevolg van die verlaging van die nuuswaarde van surrogaatmoederskap.<sup>129</sup>

**(2) Niemand mag enige feite publiseer wat die identiteit openbaar van 'n persoon wat as gevolg van 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms gebore is nie.**

Dieselfde oorwegings wat genoem is ten opsigte van artikel 12(1) is ook van toepassing op artikel 12(2).

### **Misdrywe en strawwe**

**13. (1) Niemand mag 'n vrou ter uitvoering van 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms kunsmatig bevrug of by so 'n kunsmatige bevrugting hulp verleen nie, tensy daardie kunsmatige bevrugting ingevolge die bepalinge van hierdie wet deur 'n hof gemagtig is.**

Dit is 'n misdryf om betrokke te wees by 'n kunsmatige bevrugting waar die ooreenkoms nie deur die hof gemagtig is nie. Hierdie bepaling sal onwettige surrogasie ontmoedig.<sup>130</sup>

**(2) Niemand mag teen of met die oog op vergoeding op enige wyse bekend maak dat enigiemand bereidwillig is of moontlik bereidwillig sal wees om 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms aan te gaan nie.**

Dit is 'n misdaad om aangeleenthede in verband met surrogaatmoederskap te adverteer. Hierdie verbod sal kommersialisering ontmoedig<sup>131</sup> en sal van toepassing wees op die

---

<sup>128</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 180 en a 12(2) *infra*.

<sup>129</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 162.

<sup>130</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 180.

<sup>131</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 163.



opdraggewende ouers, die surrogaat en tussengangers.<sup>132</sup> Dit is duidelik dat dit moeilik sal wees om 'n surrogaatmoederskapsagentskap te bedryf as gevolg van hierdie bepaling.

**(3) Iemand wat 'n bepaling van hierdie artikel of die bepalings van artikel 12 oortree of versuim om daaraan te voldoen, is aan 'n misdryf skuldig en by skuldigbevinding strafbaar met 'n boete van hoogstens R20 000 of met gevangenisstraf vir 'n tydperk van hoogstens een jaar of met sowel daardie boete as daardie gevangenisstraf.**

Die strawwe word nie geag onredelik hoog te wees nie<sup>133</sup> en die hof het steeds 'n diskresie om 'n laer straf op te lê.

### **Die inheemse reg**

**14. (1) Hierdie wet reguleer en verbied nie inheemsregtelike praktyke wat analoog aan surrogaatmoederskap is nie.**

Vanweë die grondwetlike reg op kultuur,<sup>134</sup> poog hierdie wet nie om die inheemsregtelike gebruike wat analoog is aan surrogaatmoederskap op enige wyse te reguleer of te verbied nie.<sup>135</sup> Dit staan swart persone vry om die Wet op Surrogaatmoederskap na te volg, in welke geval hulle moet voldoen aan die bepalings van hierdie wet.

**(2) Indien partye, wat geregtig is om die inheemse reg na te volg, besluit om die Wet op Surrogaatmoederskap na te volg, is hulle gebonde aan hierdie besluit, tensy 'n hof anders beslis.**

Daar kan geargumenteer word dat swart persone se reg op kultuur beperk word<sup>136</sup> ter wille

---

<sup>132</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 180.

<sup>133</sup> *Verslag oor Surrogaatmoederskap* 180.

<sup>134</sup> A 30 en 31 van die Grondwet van die RSA 108 van 1996.

<sup>135</sup> Vir 'n bespreking van die inheemsregtelike gebruike sien 132-135 *supra*.

<sup>136</sup> A 36 van die Grondwet van die RSA 108 van 1996.

van regsekerheid indien hulle besluit om die Wet op Surrogaatmoederskap na te volg. Dit kan tot groot regsonsekerheid lei indien hulle toegelaat sou word om die ooreenkoms kragtens die wet te sluit, maar later weer kon besluit om eerder die inheemse reg na te volg. Sodanige besluitverandering sal ook nie noodwendig in die beste belang van die kind wees nie en moet daarom eers deur 'n hof goedgekeur word. Die Grondwet<sup>137</sup> bepaal duidelik dat die reg op kultuur onderhewig aan die ander regte in die handves is,<sup>138</sup> insluitende die kind se reg dat sy beste belang deurslaggewend is in alle aangeleenthede wat hom raak.<sup>139</sup>

**(3) In 'n geval beoog in artikel 14(2) moet die hof al die relevante feite in agneem, maar die beste belang van die kind, verwek of gebore uit die surrogaatmoederskapsooreenkoms, moet deurslaggewend wees.**

Die hof sal die feite van die geval deeglik moet oorweeg om te verseker dat geeneen van die partye benadeel word as gevolg van die besluit om eerder die inheemse reg na te volg nie. Die beste belang van die kind sal egter altyd die deurslaggewende faktor wees. Indien die hof van oordeel is dat dit nie in die kind se beste belang is om die inheemse reg na te volg nie, bly die partye gebonde aan die bepalings van die Wet op Surrogaatmoederskap. Dit sal 'n regverdigbare beperking op die reg op kultuur wees.<sup>140</sup>

### **Kort titel**

**15. Hierdie wet heet die Wet op Surrogaatmoederskap, 20..**

## **4. GEVOLGTREKKING**

Die doel van hierdie hoofstuk was om 'n wet voor te stel wat tot 'n groot mate sekerheid kan bring rondom surrogaatmoederskap. Na oorweging van die verskillende wyses waarop surrogaatmoederskap benader kan word, is daar tot die gevolgtrekking gekom dat statutêre

---

<sup>137</sup> 108 van 1996.

<sup>138</sup> A 30 en 31(2) van die Grondwet van die RSA 108 van 1996.

<sup>139</sup> A 28(2) van die Grondwet van die RSA 108 van 1996.

<sup>140</sup> A 30 en 31(2) soos saamgelees met a 28(2) en 36 van die Grondwet van die RSA 108 van 1996.



regulering die mees wenslike opsie is. Daar is twee alternatiewe benaderings tot statutêre regulering. Die eerste is die regulering van surrogaatmoederskap deur bestaande wetgewing te wysig.

Die tweede opsie is om die onderwerp te reguleer in 'n afsonderlike wet met die nodige verwysing na ander toepaslike wetgewing ten einde onnodige duplisering te vermy. Hierdie opsie is voorgestaan vanweë die feit dat blote wysigings aan bestaande wetgewing tot 'n gefragmenteerde benadering tot surrogaatmoederskap kan lei. Dit kan ook aanleiding gee tot regsonsekerheid om bestaande wetgewing, wat nie bedoel was om surrogaatmoederskap te reguleer nie, te wysig ten einde voorsiening daarvoor te maak. Daar bestaan ook die gevaar dat anomalieë of onduidelikhede kan ontstaan as gevolg van die feit dat surrogaatmoederskap 'n redelik komplekse onderwerp is.

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie se Voorgestelde Wetsontwerp op Surrogaatmoederskap is gebruik as grondslag van die voorgestelde wet as gevolg van die volledigheid en goeie formulering daarvan. Dit was egter nodig om voorsiening te maak vir Grondwetlike bepalings wat 'n invloed kan hê op die wet.<sup>141</sup> Dit was ook nodig om die inheemse reg in ag te neem as gevolg van die reg op kultuur<sup>142</sup> wat grondwetlik verskans is.<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup> Sien in die algemeen hfst 5.

<sup>142</sup> A 30 en 31 van die Grondwet van die RSA 108 van 1996.

<sup>143</sup> Sien in die algemeen hfst 7.

## HOOFSTUK 9

### GEVOLGTREKKING

Uit die navorsing het dit geblyk dat die Suid-Afrikaanse Reg nie voorsiening maak vir die regulering van surrogaatmoederskap nie. Aangesien surrogaatmoederskap egter medies moontlik is, het die nie-regulering daarvan 'n aantal regsprobleme tot gevolg. Die kernprobleem in hierdie verband is dat bestaande wetgewing nie geskryf is met die oog op surrogaatmoederskap nie, maar tog daarop van toepassing is.

Artikel 5(2) van die Wet op die Status van Kinders<sup>1</sup> kan as voorbeeld genoem word. Dit is die bedoeling van die partye by 'n surrogaatmoederskapsooreenkoms dat die opdraggewende ouers regtens as die kind se ouers erken word. Waar die opdraggewende ouers die gameetskenkers is, het artikel 5(2) tot gevolg dat hulle geen regte en verpligtinge teenoor die kind verkry nie. Die enigste wyse waarop die opdraggewende ouers ouerlike gesag kan bekom is deur die kind aan te neem.

Die gemeenregtelike stelreëls *mater semper certa est*<sup>2</sup> en *pater est quem nuptiae demonstrant*<sup>3</sup> het ook nie die gewenste uitwerking in die geval van surrogaatmoederskap nie. Die *mater semper*-stelreël het tot gevolg dat die surrogaatmoeder as die moeder van die kind beskou word en die *pater est*-stelreël het tot gevolg dat die surrogaatmoeder se man as die vader van die kind beskou word.

Sekere aspekte van die kontraktereg veroorsaak ook probleme. Die elemente van wilsooreenstemming en geoorloofdheid kan aanleiding gee tot die nietigheid of onafdwingbaarheid van die surrogaatmoederskapskontrak. Wilsooreenstemming behoort nie 'n probleem te skep nie, indien daar voorsiening gemaak word vir die behoorlike sielkundige evaluasie van die partye.

---

<sup>1</sup> 82 van 1987.

<sup>2</sup> Dit beteken dat die identiteit van die moeder altyd seker is. Sien Hiemstra & Gonin *Drietalige Regswoordeboek* 3e uitg (1992) 228.

<sup>3</sup> Dit beteken dat die vader hy is wat deur die huwelik aangewys word. Sien Hiemstra & Gonin *Woordeboek* 228.



Ongeoorloofde bepalings is geïdentifiseer en die kontrak kan van ongeoorloofdheid gered word deur nie hierdie bepalings in die kontrak in te voeg nie. Die openbare beleid moet verander aangepas word ten einde in te skakel by tegnologiese vooruitgang en 'n veranderende wêreld.<sup>4</sup> Dit het nodig geword om te aanvaar dat hierdie tipe kontrakte wel 'n bestaansreg het.

Dit is verder nodig om die surrogaatmoederskapkontrak op eiesoortige wyse te behandel, aangesien 'n kind ter sprake is en daar gevolglik emosies by betrokke is wat nie normaalweg by ander kontrakte na vore kom nie.

Vanweë bogenoemde regsprobleme is dit nodig om 'n wet daar te stel wat met surrogaatmoederskap handel. Die Suid-Afrikaanse Regskommissie se voorgestelde Wetsontwerp op Surrogaatmoederskap<sup>5</sup> is weens die goeie formulering daarvan as grondslag vir die voorgestelde wet gebruik. Dit was egter nodig om wysigings aan te bring ten einde die voorgestelde wet grondwetlik regverdigbaar te maak. Dit is as gevolg van die feit dat die Regskommissie se Verslag oor Surrogaatmoederskap gepubliseer is voor die Grondwet<sup>6</sup> inwerking getree het.

Ten einde die voorgestelde wet moreel regverdigbaar te maak, is die morele en sosiale argumente wat verband hou daarmee ontleed. Daar is tot die gevolgtrekking gekom dat kommersiële surrogaatmoederskap en surrogaatmoederskap vir gerief nie aanvaarbaar is nie. Hierdie gevolgtrekking is in ooreenstemming met die Regskommissie se benadering.

Die inheemse reg bevat verskeie praktyke wat analoog aan surrogaatmoederskap is. Gevolglik was dit nodig om hierdie praktyke te ontleed en om voorsiening te maak vir die inheemse reg in die voorgestelde wet.

---

<sup>4</sup> Tager "Surrogate Motherhood, Legal Dilemma" 1986 *SALJ* 381 395.

<sup>5</sup> SA Regskommissie *Verslag oor Surrogaatmoederskap* Projek 65 (1993).

<sup>6</sup> 108 van 1996.

Vanweë die reg op kultuur<sup>7</sup> wat grondwetlik verskans is, kan hierdie praktyke nie verbied word nie, tensy dit die partye of die kind se ander fundamentele regte skend.<sup>8</sup> Indien so 'n skending wel plaasvind, kan die reg op kultuur aan beperking onderhewig wees.<sup>9</sup>

Laastens is die wet voorgestel wat vir die regulering van surrogaatmoederskap voorsiening maak. Hierdie wet bevat verwysings na bestaande wetgewing ten einde onnodige duplisering van bepalinge te vermy. Daar is tot die gevolgtrekking gekom dat dit verkieslik is om slegs een wet te skryf in plaas van om bloot wysigings aan bestaande wetgewing aan te bring. Laasgenoemde sou tot 'n gefragmenteerde benadering tot surrogaatmoederskap lei. So 'n benadering is onwenslik omdat dit aanleiding kan gee tot anomalieë.

Surrogaatmoederskap kan nie verbied word nie, omdat die onderwerp in die geheel nie onaanvaarbaar is nie. Die statutêre regulering van surrogaatmoederskap kan verseker dat die onwenslike aspekte daarvan, soos kommersialisering, bekamp word. Die voordele van surrogaatmoederskap is van so 'n aard dat dit nodig geword het vir die reg om aandag te skenk aan die regulering daarvan, sodat die regsposisie van die betrokkenes seker kan wees.

---

<sup>7</sup> A 30 en 31 van die Grondwet van die RSA 108 van 1996.

<sup>8</sup> A 30 en 31(2) van die Grondwet van die RSA 108 van 1996.

<sup>9</sup> A 36 van die Grondwet van die RSA 108 van 1996.



## BIBLIOGRAFIE

- Asante SKB "Nation Building and Human Rights in Emergent African Nations" 1969 *Cornell Int LJ* 72
- Barberton C " 'Progressive Realisation' of Socio-Economic Rights" 1999 *ESR Review Economic and Social Rights in South Africa* 2
- Bennett TW "The Best Interests of the Child in an African Context" 1999 *Obiter* 145
- Bennett TW *Human Rights and African Customary Law* (1995) Juta & Co, Kaapstad
- Bennett TW "Maintenance of Minor Children: A Problem of Adapting Customary Law to Meet Social Change" 1980 *Acta Juridica* 115
- Beyleveld D & Brownsword R "Human Dignity, Human Rights and Human Genetics" 1998 *Modern Law Review* 661
- Bonthuys E "Awarding Access and Custody to Homosexual Parents of Minor Children: A Discussion of *Van Rooyen v Van Rooyen* 1994 (2) SA 325 (W)" 1994 *Stell LR* 298
- Boult B "The Need to Define the Terms 'Parent' and 'Parenthood'" 1990 *Medicine and Law* 1028
- Charo A "United States: Surrogacy" in McLean SAM (red) *Law Reform and Human Reproduction* (1992) 223 Dartmouth, Aldershot

- Clark B "A 'Golden Thread'? Some Aspects of the Application of the Standard of the Best Interest of the Child in South African Family Law" 2000 *Stell LR* 3
- Clark B "Surrogate Motherhood: Comment on the South African Law Commission's Report on Surrogate Motherhood (Project 65) 1993 *SALJ* 769
- Davel CJ & Jordaan RA *Personereg Studentehandboek* (1994) Juta, Kaapstad
- Davies M *Textbook on Medical Law* 2e uitg (1998) Blackstone, London
- Deech R *The Rights of Fathers: Social and Biological Concepts of Parenthood* in Eekelaar J en Sarcevic P (reds) *Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the Twenty First Century* (1993) 19 Dordrecht, Boston, London: Marthinus Nijhoff Publishers
- De Groot H *Inleidinge tot die Hollandse Rechts-geleerdheid* uitgawe deur Fockema Andrea SJ Arnhem: S Gouda Quint 1906
- De Waal J, Currie I & Erasmus G *The Bill of Rights Handbook* (1998) Juta, Kaapstad
- Douglas G & (reds) Lowe N *Becoming a Parent in English Law* in Eekelaar J en Sarcevic P *Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the Twenty First Century* (1993) 145 Dordrecht, Boston, London: Marthinus Nijhoff Publishers
- Field M *Surrogate Motherhood* in Eekelaar J en Sarcevic P (reds) *Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the*



*Twenty First Century* (1993) 223 Dordrecht, Boston, London:  
Marthinus Nijhoff Publishers

Field M *Surrogate Motherhood: The Legal and Human Issues* (1988)  
Harvard University Press, VSA

Freeman M *Is Surrogacy Exploitative?* in SAM McLean (red) *Legal Issues  
in Human Reproduction* (1990) 164 Dartmouth, London

Golombok S &  
Tasker F “Children in Lesbian and Gay Families: Theories and  
Evidence” 1994 *Annual Review of Sex Research* 73

Hansard Republic of South Africa Debates of the National Assembly 17  
to 19 June 1997, 18 Junie 1997 Col 4045-4072

Heaton J “Some General Remarks on the Concept ‘Best Interests’ of the  
Child” 1990 *THRHR* 95

Hiemstra VG &  
Gonin HL *Drietalige Regswoordeboek* 3e uitg (1992) Juta, Kaapstad

Hirsh HL “Surrogate Motherhood: The Legal Climate for the Physician”  
1986 *Medicine and Law* 151

Kerr AJ “Role of Courts in Developing Customary Law” 1999  
*Obiter* 41

Kerr AJ “The Bill of Rights in the New Constitution and Customary  
Law” 1997 *SALJ* 347

Kerr AJ “Customary Law, Fundamental Rights and the Constitution”  
1994 *SALJ* 720

- Lubbe G & Murray C *Farlam & Hathaway Contract: Cases Materials Commentary* 3e uitg (1988) Juta, Kaapstad
- Lupton M *Medico-Legal Aspects in Schäfer (red) Family Law Service* (31 Januarie 2000) Service Issue 31 Butterworths, Durban
- Lupton M “The Right to be Born: Surrogacy and the Legal Control of Human Fertility” 1989 *Medicine and Law* 483
- Lupton M “Surrogate Parenting: The Advantages and Disadvantages” 1986 *TRW* 148
- Lupton M “The Status of Children Born by Artificial Insemination in South African Law” 1985 *TSAR* 277
- MacPhee D & Forest K “Surrogacy: Programme Comparisons and Policy Implications” 1990 *International Journal of Law and the Family* 308
- Maithufi IP “Children, Customary Law and the Constitution” 1999 *Obiter* 198
- Mason JK *Medico-Legal Aspects of Reproduction and Parenthood* (1990) Dartmouth, London
- Moodley A “Defining Reproductive Rights” 1995 *Agenda* 8
- Morgan D “A Surrogacy Issue: Who is the Other Mother?” 1994 *International Journal of Law and the Family* 386
- Narayan U & Bartkowiak JJ *Having and Raising Children: Unconventional Families, Hard Choices and the Social Good* (1999) The Pennsylvania State University Press, Pennsylvania



- Neethling J, Visser JM & Potgieter PJ *Deliktereg* 3e uitg (1996) Butterworths, Durban
- Olivier NJJ, Bekker JC, Olivier NJJ (Jnr) & Olivier WH *Inheemse Reg* (1998) Butterworths, Durban
- Olivier NJJ *Die Privaatreg van die Suid-Afrikaanse Bantoetaalsprekendes* 3e uitg (1989) Butterworths, Durban
- Olson MR & Haynes JA "Successful Single Parents" 1993 *Families in Society* 259
- Ontario Law Reform Commission *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters* (1986)
- Parker P "Motivation of Surrogate Mothers: Initial Findings" 1983 *American Journal of Psychiatry* 117
- Paul JP "Growing Up with a Gay, Lesbian or Bisexual Parent: An Exploratory Study of Experiences and Perceptions" 1987 *The Humanities and Social Sciences* 2756-A.
- Pillay K "Notification of AIDS and Health Rights" 1999 *ESR Review Economic and Social Rights in South Africa* 7
- Pretorius D "Surrogate Motherhood: A Detailed Commentary on the Draft Bill" 1996 *De Rebus* 114
- Pretorius D *Surrogate Motherhood: Legal Issues* (1991)

- Pretorius D "Surrogaat-Moederskap: Implikasie in die Suid-Afrikaanse Regstelsel" 1987 *De Rebus* 270
- Rae SB *The Ethics of Commercial Surrogate Motherhood: Brave New Families?* (1994) Praeger, Westport, CT
- Rautenbach C "A Commentary on the Application of the Bill of Rights to Customary Law" 1999 *Obiter* 113
- Singh D "Discrimination Against Lesbians in Family Law" 1995 *SAJHR* 571
- Snyman CR *Strafreg* 4e uitg (1999) Butterworths, Durban
- South African Law Commission *Report on Customary Marriages* Projek 90 (1998)
- Stevens M "Reproductive Rights Alliance" 1996 *Health Systems Trust Update* 22
- Strauss SA *Doctor, Patient and the Law: A Selection of Practical Issues* 3e uitg (1991) Van Schaik, Pretoria
- Suid-Afrikaanse Regskommissie *Verslag oor Surrogaatmoederskap* Projek 65 (1992)
- Tager L "Surrogate Motherhood, Legal Dilemma" 1986 *SALJ* 381
- Uzodike E "Child Abuse and Neglect in Nigeria - Socio-Legal Aspects" 1990 *Int J Law & Family* 83



- Van der Keessel DG      *Praelectiones iuris hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad Iurisprudentiam Hollandicam* Van Warmelo P, Coertze LI, Gonin HL en Pont D, Kaapstad 1961-1967
- Van der Keessel DG      *Theses Selectae iuris Hollandici et Zelandici* Amsterdam 1860
- Van der Merwe CG      *Sakereg* 2e uitg (1989) Butterworths, Durban
- Van der Merwe S,  
Van Huyssteen LF,  
Reinecke MFB, Lubbe GF  
& Lotz JG      *Kontraktereg Algemene Beginsels* (1996) Juta, Kaapstad
- Van der Vyfer JD      “The Meaning of ‘Law’ in the Constitution of the Republic of South Africa” 1994 *SALJ* 569
- Van Heerden B,  
Cockrell A &  
Keightley R (reds)      *Boberg’s Law of Persons and the Family* 2e uitg (1999) Juta, Kaapstad
- Van Niekerk A &  
Van Zyl L      “Commercial Surrogacy and the Commodification of Children: An Ethical Perspective” 1995 *Medicine and Law* 163
- Viljoen F      “Signs of the Times: Changing Attitudes Under the New Constitutions” 1995 *Stell LR* 23
- Visser PJ en Potgieter JM      *Inleiding tot die Familiereg* (1994) Juta, Kaapstad
- Voet J      *Commentarius ad Pandectas* Parys-uitgawe vertaal deur P Gane: *The Selective Voet* (1955) Butterworths, Durban

Watson A (red)

*Digest of Justinian* (1985) University of Pennsylvania Press,  
VSA



**SAKELYS**  
**SUID-AFRIKAANSE REG**

*B v S* 1995 (3) SA 571 (A)  
*Bal v Van Staden* 1903 TS 70  
*Bernstein v Bester NO* 1996 (4) BCLR 449 (CC)  
*Christian Lawyers Association of SA v Minister of Health* 1998 (4) SA 1113 (T)  
*De Jager v Grunder* 1964 (1) SA 446 (A)  
*F v L* 1987 (4) SA 525 (W) (ook gerapporteer as *D v L* 1990 (1) SA 894 (W))  
*Gidja v Yingwane* 1944 NAC (N&T) 4  
*Halsey v Jones* 1962 (3) SA 484 (A)  
*Hlope v Mahlalela and Another* 1998 (1) SA 449 (T)  
*Kilburn v Estate Kilburn* 1931 AD 501  
*McCall v McCall* 1994 (3) SA 201 (CPD)  
*Nbono v Manoxoweni* (1891) 6 EDC 62  
*NUMW v Stag Packaging* 1982 (4) SA 151 (T)  
*Schierhout v Minister of Justice* 1926 AD 99  
*Vernon v Schoeman* 1978 (2) SA 305 (D)  
*Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302

**AMERIKAANSE REG**

*Doe v Kelly* 11-B-15, Wayne County Cir Ct January 1980, aff d d setnovo. *Doe v Attorney General* 307 NW 2d 438 (Mich, 1981) IV denied 1414 NW 2d, 875 (1982), cert denied, 103 Sct 834 (1983).  
*Drummond v Fulton County Department of Family and Children's Services* 563 F.2d 1200 (5th Cir. 1977) (en banc), cert. denied, 437 U.S. 910 (1978)  
*In the Matter of Baby M*, 109 N.J. 396, 537 A. 2d 1254 (1988)  
*Johnson v Calvert* 851 P 2d 776 (1993)  
*Kentucky v Surrogate Parenting Associates, Inc* 10 Fam. L. Rep. (BNA) 1105-07 (Ky. Cir. Ct. 67, 1983)  
Sub nom *Re C (a Minor)* [1985] 2 FLR 846  
*Malahoff v Strivers* 1992 U.S. App. LEXIS 34150

**WETGEWING**  
**SUID-AFRIKA**

Wet op Geestesgesondheid 18 van 1973

Wet op Vrugaafdrywing en Sterilisasie 2 van 1975

Strafproseswet 51 van 1977

Wet op Maatskaplike Werk 110 van 1978

Wet op Kindersorg 74 van 1983

Wet op Menslike Weefsel 65 van 1983

Wet op die Status van Kinders 82 van 1987

Wet op die Registrasie van Geboortes en Sterftes 51 van 1992

Wet op Arbeidsverhoudinge 66 van 1995

Grondwet van die RSA 108 van 1996

Wet op die Keuse oor die Beëindiging van Swangerskap 92 van 1996

Wet op die Natuurlike Vaders van Buite-Egtelike Kinders 86 van 1997

Wet op Basiese Diensvoorwaardes 75 van 1997

**WETSONTWERP**  
**SUID-AFRIKA**

Voorgestelde Wetsontwerp op Surrogaatmoederskap Algemene Kennisgewing 512 in *SK*  
16479 van 1995-06-14



## **AANHANGSEL A**

### **SURROGATE PARENTING AGREEMENT**

This agreement is entered into this ..... day of 20..... by and between:

.....

(hereinafter referred to as “surrogate”) and

.....

the natural/genetic father, and

.....

the natural/genetic mother

(hereinafter referred to as the “intended parents”)

#### **1**

### **THIS AGREEMENT IS MADE WITH REFERENCE TO THE FOLLOWING**

#### **FACTS:**

- 1.1 The intended parents are married to each other, over the age of twenty-one (21) years and unable to have a child of their own without assisted conception. The intended parents desire to have a child, carried by the surrogate mother and which will be genetically related to both of them.
- 1.2 The surrogate mother is over the age of twenty-one (21) years and desires to assist the intended parents in obtaining a child who is biologically related to both of them.

#### **2**

### **PURPOSE AND INTENT OF THE AGREEMENT**

- 2.1 The sole purpose and intent of the agreement is to provide a means for the intended parents to become the legal parents of a child/children who is/are genetically related to both of them, through assisted conception.

- 2.2 The sole purpose and intent of the surrogate mother is to assist the intended parents to obtain a child who is genetically related to both of them. The purpose of the agreement is not for the surrogate to obtain a child for herself and to become the parent of any child conceived through assisted conception.
- 2.3 The parties fully understand and are in full agreement with the purposes, intents and provisions as stated above.

### 3

#### DEFINITIONS

- 3.1 “Assisted conception” means a pregnancy resulting from
- (i) fertilizing of ova of a woman with sperm of a man by means other than sexual intercourse and
  - (ii) implanting the resultant embryo in the uterus of the surrogate mother.
- 3.2 “Physician” means a registered medical doctor/s who will be responsible for evaluation, artificial insemination or treatment of the surrogate relating to conception and pregnancy.
- 3.3 “Surrogate” means an adult, married woman who enters into an agreement to bear a child conceived through assisted conception for the intended parents.
- 3.4 “Intended parents” means a man and woman, married to each other, who enter into a surrogacy agreement, providing that they will be the parents of a child born to the surrogate mother through assisted conception using ova or sperm of one or both of the intended parents.
- 3.5 “Child” means the surrogate child or children born from a surrogate mother as a result of assisted conception.

In consideration of the mutual promises contained herein and with the intention of being legally bound, the parties hereby agree as follows:



**4**

**ASSISTED CONCEPTION AND PREGNANCY**

- 4.1 The surrogate agrees to the placement of the embryos, resultant from the assisted conception with sperm from the intended/genetic father and the ova from the intended mother in her uterus.
- 4.2 The surrogate agrees in the best interest of the child born as a result of the procedure, not to form or attempt to form a parent-child relationship with any child the surrogate may conceive pursuant to the provisions of this contract.
- 4.3 The surrogate agrees that it is the exclusive and sole right of the intended parents to name the child.

**5**

**TERMINATION OF PARENTAL POWER**

- 5.1 The surrogate agrees to freely and readily, in conformity with applicable statutory regulations, sign any/all documents or affidavits necessary for termination of her parental power and to assist in the adoption of the child by the intended parents, should that be necessary.
- 5.2 The intended parents agree to initiate adoption proceedings within a reasonable time after the birth of the child, should adoption be necessary to obtain parental power.
- 5.3 The surrogate mother agrees to hand the child over to the intended parents and they, in turn, agree to accept the child as soon as the medical practitioners caring for the child and surrogate mother, declares the baby fit to leave the hospital.

## **MEDICAL AND HEALTH CARE**

- 6.1 The surrogate agrees to keep the intended parents informed through the physicians attending her, regarding expected assisted conception, medical testing and delivery dates as well as the results of the assisted conception and medical tests.
- 6.2 The surrogate agrees to notify the intended parents, through the physicians attending her, of her expected delivery date as soon as it is known as well as the actual delivery date within twenty-four (24) hours after the birth, if medically possible.
- 6.3 The surrogate agrees not to have sexual intercourse for the duration of the assisted conception as advised by the physicians responsible for the procedure.
- 6.4 Should the artificial insemination prove to be successful, the surrogate agrees to carry the embryo/foetus (hereinafter referred to as “child”) for the full term of the pregnancy, until delivery to the intended parents.
- 6.5 The surrogate agrees that she will not try to abort the child once conceived, except, if the requirements of the Abortion and Sterilization Act 2 of 1975 have been met, namely when it is the opinion of the physicians attending her that such an action is necessary because the pregnancy might endanger the physical or mental health of the surrogate or child as envisioned by the provisions of the Act.
- 6.6 The surrogate agrees not to participate in any activities which could be harmful to the life and health of the child.
- 6.7 The surrogate undertakes to follow the normal prenatal medical examination schedule, ie, at least one (1) visit per month during the first seven (7) months of pregnancy, two (2) visits during the eighth (8) month and four (4) weekly visits during the ninth (9) month of pregnancy.



- 6.8 The surrogate agrees to adhere to all medical instructions given to her by the attending physicians involved in the procedure and not to take any form of non-prescriptive drugs.

7

**COMPENSATION, EXPENDITURE AND INSURANCE**

- 7.1 It is agreed that the surrogate mother will not receive any compensation other than necessary expenses relating to medical procedures, legal expenses, maternity clothes, transport and loss of income.
- 7.2 The intended parents will be responsible for all medical expenses incurred as a result of the pregnancy not covered or allowed by the surrogate and her husband's present medical scheme or insurance, including:
- physical and psychological screening;
  - the assisted conception process/processes and regular follow-up examinations after conceptions;
  - the birth itself;
  - post-partum examinations, continuing for at least one (1) month after the birth of the child;
  - hospitalization;
  - pharmaceutical expenses;
  - laboratory and pathology costs;
  - therapy.

(Optional\*)

- 7.3 The intended parents shall take out and pay the premiums of a term-life insurance policy payable to a named beneficiary of the surrogate with a policy amount of ..... and the policy shall remain in effect for six (6) months subsequent to the birth of the child.

- 7.4 In addition the intended parents shall make appropriate arrangements in a will for the support of the infant child, should one of the intended parents die prior to the birth of the child.
- 7.5 In the event of the death of one of the intended parents, prior to the release of custody to them, the surrogate agrees to assist the survivor in adopting the child.

In the event of the death of both of the intended parents, the surrogate agrees to place the child with a guardian designated by the intended parents.

(Optional\*)

- 7.6 The intended parents shall take out and pay the premiums of a term-life insurance policy on their lives, payable in trust to the unborn child and shall maintain such policy for three (3) months after the birth of the child. The intended parents shall be jointly and severably liable for the payment of the said premium.
- 7.7 The intended parents agree that should their marriage end in divorce prior to the birth of the child, this will not affect their rights and obligations under the agreement or the purposes of the agreement in any way. It is understood that in divorce proceedings, the court will decide who should have custody of the child, once it has been born, on the basis of what will be in the best interest of the child.

## **8**

### **PHYSICAL AND PSYCHOLOGICAL EVALUATION**

- 8.1 The surrogate agrees to undergo a complete physical as well as a psychological assessment prior to assisted conception and to make the results of these examinations available to the intended parents. The surrogate hereby authorizes the doctor/s and health-care worker/s attending her to disclose these results to the intended parents.



- 8.2 The intended parents agree to undergo complete physical as well as psychological assessment prior to assisted conception and to make the results of these available to the surrogate. The intended parents hereby authorizes the doctor/s and health-care worker/s attending them to disclose these results to the surrogate.
- 8.3 The parties to the contract agreed to undergo any pathology tests deemed necessary by the doctor/s attending them.

## **9**

### **ASSUMPTIONS OF RISK**

- 9.1 The surrogate agrees to assume all risks including the risk of death which are incident to conception, pregnancy, childbirth and post-partum complications.
- 9.2 The intended parents assume full legal responsibility for any child who may possess congenital or other abnormalities.

## **10**

### **CIVIL LIABILITY CLAIMS**

- 10.1 The surrogate and her husband agree not to institute any action or bring any claim against the intended parents, should any permanent disability or death of the surrogate result from the pregnancy.
- 10.2 The parties to this agreement shall not institute any action or bring any claim against the physician/s with regard to any of the medical procedures referred to in this agreement performed in good faith and with due care.
- 10.3 The parties to this agreement shall not institute any action or bring any claim against the legal advisers involved in the drawing up of this contract or any other assistance or services rendered by them (including in respect of legal proceedings), in good faith and with due care.

**11**

**APPLICABLE LEGAL SYSTEM**

- 11.1 The parties agree that the law applicable to the entire agreement is South African Law.

**12**

**EXECUTION OF THE AGREEMENT**

- 12.1 Each party acknowledges that he or she fully understands the agreement and its legal effects and that he or she is signing the agreement freely and voluntarily and that neither party has any reason to believe that the other did not freely and voluntarily execute the said agreement.
- 12.2 The parties agree to comply with the prescribed procedures in the relevant statutory provisions.

**13**

**TERMINATION OF CONTRACT**

- 13.1 If the pregnancy has not occurred within a reasonable time after insemination, and in consultation with the medical practitioners, the agreement can be terminated.

**14**

**CONFIDENTIALITY**

- 14.1 The parties agree to maintain complete confidentiality with regard to the subject matter of this contract and agree that no information shall be provided to the news media, the public or any individual or group which could disclose the identity of the parties involved, or the identity of the child.



15

**SEVERABILITY CLAUSE**

- 15.1 In the event of any of the provisions of this agreement being held invalid or unenforceable by a court of law, the same shall, subject to such court's discretion, be deemed severable from the remainder of this agreement and shall not cause the invalidity or unenforceability of the entire agreement, especially where enforcement of certain sections is specifically aimed at protecting the best interest of the child. Should certain provisions however be deemed invalid, due to their scope or breath, then the provision/s shall be valid to the extent permitted by law, subject to the court's discretion.

16

**ENTIRE AGREEMENT**

- 16.1 This surrogate parenting agreement sets forth the entire agreement between the parties with regard to the subject matter thereof.
- 16.2 This agreement, or any clause thereof, may only be amended with the written consent of all the parties involved.

We have read the foregoing pages of this agreement and it is our intention by affixing our signatures below, to enter into a binding legal obligation.

.....  
SURROGATE MOTHER

.....  
DATE

.....  
INTENDED HUSBAND AND WIFE

.....  
DATE

.....  
WITNESS

.....  
DATE